

Manfred Radtke

DER GRUNDSATZ DER LEX FORI
UND DIE ANWENDBARKEIT
AUSLÄNDISCHEN VERFAHRENSRECHTS

1981

1982



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554825_0029

DER GRUNDSATZ DER LEX FORI
UND DIE ANWENDBARKEIT AUSLÄNDISCHEN VERFAHRENSRECHTS

Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität

vorgelegt von
Manfred Radtke aus Leer/Ostfr.



Dekan: Prof. Dr. W. Hoppe

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. R. Frank

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. B. Großfeld

Tag der mündlichen Prüfung: 9. Juli 1981

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
<u>EINLEITUNG</u>	1
<u>I. TEIL:</u> Der Grundsatz der lex fori im internationalen Verfahrensrecht	3
<u>1. Kapitel:</u> Begründungsversuche für die Beibehaltung des lex-fori-Prinzips	4
I. Die notwendige Übersichtlichkeit des Verfahrens	4
II. Das Territorialitätsprinzip	5
III. Umkehrschluß aus §§ 55, 369 ZPO	7
IV. Unverträglichkeit ausländischen Verfahrensrechts mit dem ordre public	9
V. Verfahrensvorschriften als Normen des öffentlichen Rechts	11
1. Die Abgrenzung von privatem und öffentlichem Recht	11
2. Der Regelungsinhalt des Verfahrensrechts	12
3. Konsequenzen	15
a. Schaffung eines übergreifenden Gemeinrechts	15
b. Grundsätzliche Aufrechterhaltung der Trennlinien zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht	16
4. Die Anwendbarkeit ausländischen öffentlichen Rechts	16
a. "Einseitigkeit oder Zweiseitigkeit" des öffentlichen Kollisionsrechts?	17
b. Interessenbewertung	19

	Seite
<u>2. Kapitel:</u> Abgrenzung des anwendbaren vom nichtanwendbaren ausländischen Verfahrensrecht	21
I. Feststellung des anwendbaren ausländischen Verfahrensrechts	21
1. Lösungsvorschläge	21
2. Stellungnahme	25
a. Gemeinsamkeiten der Abgrenzungstheorien	25
b. Kritik und Lösungsvorschlag	27
II. Das dem Prinzip der lex fori unterliegende Verfahrensrecht	34
1. Bestimmung des öffentlichen Verfahrensrechts	34
2. Abgrenzung von Verfahrensvorschriften, die weder dem privat- noch dem öffentlichrechtlichen Bereich zugeordnet werden können (= "neutrale" Verfahrensvorschriften)	38
<u>II. TEIL:</u> Die Qualifikationsfrage	41
I. Darstellung der allgemeinen Problematik	41
II. Problematik der Teilrückverweisung am Beispiel der Verjährung	46
<u>III. TEIL:</u> Die Anwendung inländischen und ausländischen Verfahrensrechts in der streitigen Gerichtsbarkeit	51
I. Die Prorogation	51
II. Das Beweisrecht	57
1. Die Beweismittel	57
2. Die Beweislast	59
3. Die Beweiswürdigung	63

	Seite
III. Behandlung von Rechtskraft, Nebenintervention und Streitverkündung	64
1. Die Rechtskraft	64
2. Die Nebenintervention	66
3. Die Streitverkündung	68
IV. Dispositions-, Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz im internationalen Privatrecht	68
V. Prozeßführungsbefugnis und Prozeßstandschaft	70
1. Die Prozeßführungsbefugnis	70
2. Die gesetzliche Prozeßstandschaft	71
3. Die gewillkürte Prozeßstandschaft	77
VI. Prozeß- und Parteifähigkeit	80
<u>IV. TEIL:</u> Die Anwendung inländischen und ausländischen Verfahrensrechts in der freiwilligen Gerichtsbarkeit	85
<u>1. Kapitel:</u> Das Gleichlaufprinzip im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit	85
I. Stellung der Rechtsprechung zur Gleichlauftheorie	86
II. Stellung des Schrifttums zur Gleichlauftheorie	89
III. Kritische Würdigung der Argumente	91
1. Verpflichtung des Staates zur Gewährleistung von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden	91
2. Freier Zugang zu den Gerichten	93
3. Notwendigkeit des zwischenstaatlichen Entscheidungseinklangs	94
4. Zusammenfassung	96

	Seite
<u>2. Kapitel:</u> Die Anpassungsmethode in der freiwilligen Gerichtsbarkeit	98
I. Begriff und Inhalt der Anpassung	98
II. Anpassungspraxis in der freiwilligen Gerichtsbarkeit	99
III. Zusammenfassung	106
<u>3. Kapitel:</u> Die wesenseigene Zuständigkeit	107
<u>4. Kapitel:</u> Privatrechtliches Verfahrensrecht in der freiwilligen Gerichtsbarkeit	111
<u>5. Kapitel:</u> Praktische Anwendung der These	115
I. Die Anwendung ausländischer Verfahrensnormen im Nachlaßverfahren	115
II. Behandlung der Verflechtung von Sach- und Verfahrensrecht in Vormundschaftssachen	120
1. Das Haager Minderjährigenschutzabkommen (MSA)	120
2. Beachtung ausländischer Adoptionserfordernisse	124
III. Die eingeschränkte Anwendung der lex fori in Beurkundungssachen	124
IV. Die Sachrechtsverbundenheit in Verschollenheits-sachen	128
1. Die Anwendung ausländischen Rechts nach dem VerschG	128
2. Die Verflechtung von Sach- und Verfahrensrecht im Recht der Todeserklärung	131
<u>SCHLUSSBEMERKUNG</u>	133

LITERATURVERZEICHNIS

- Ahrens, Hans-Jürgen Zur "Eingriffszuständigkeit" im Rahmen
des Art. 3 des Haager Minderjährigen-
schutzabkommens
- Arens, Peter Die Grundprinzipien des Zivilprozeß-
rechts
Humane Justiz, Die deutschen Landesbe-
richte zum ersten internationalen Kon-
greß für Zivilprozeßrecht in Gent 1977,
S. 1 ff.
Kronberg/Taunus 1977
(zit.: Grundprinzipien)
- Arens, Peter Prozeßrecht und materielles Recht
AcP 173 (1973), 250
- Arminjon, Pierre Les lois politiques, fiscales et moné-
tuaires, Projet définitif des Résolutions
Annuaire de L'Institut de Droit Inter-
national, Bd. 43 II (1950), S. 2
(zit.: Annuaire)
- Bärmann, Johannes Die Freizügigkeit der notariellen Ur-
kunde
AcP 159 (1960/61), 1
- Bärmann, Johannes Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notar-
recht
Berlin-Heidelberg-New York 1968
- Batiffol, Henri Droit international privé, Bd. 1
5. Aufl., Paris 1970
- Baumbach-Lauterbach-
Albers-Hartmann Zivilprozeßordnung
38. Aufl., München 1980
(zit.: Baumbach-Lauterbach-Bearbeiter)

- Baumgärtel, Gottfried Wesen und Begriff der Prozeßhandlung
einer Partei im Zivilprozeß
2. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1972
- Baur, Fritz Freiwillige Gerichtsbarkeit
Bd. 1: Allg. Verfahrensrecht
Tübingen 1955
- Beitzke, Günther Sorgerechtsregelung bei Ausländer-
kindern
Festschrift für Lehmann, Bd. II, S. 493
Berlin-Tübingen-Frankfurt 1956
- Bergmann-Ferid Internationales Ehe- und Kindschafts-
recht
Bd. I, Frankfurt, Stand: 1979
- Blomeyer, Arwed Zivilprozeßrecht
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963
- Blumenwitz, Dieter Zum Kollisionsrecht der notariellen Ur-
kunde
DNotZ 1968, 712
- Booß, Dierk Fragen der "wesenseigenen Zuständigkeit"
im internationalen Familienrecht
Diss. Bonn 1965
- Brauksiepe, Jochen Die Anwendung ausländischen Rechts im
Zivilprozeß
Diss. Bonn 1965
- Breuleux, Gérald Internationale Zuständigkeit und an-
wendbares Recht
Diss. Zürich 1964
- Bucher, Andreas Grundfragen der Anknüpfungsgerechtig-
keit im internationalen Privatrecht
Basel-Stuttgart 1975
- Bullinger, Martin Öffentliches Recht und Privatrecht
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1968

- v. Craushaar, Götz Die internationalrechtliche Anwendbarkeit deutscher Prozeßnormen
Karlsruhe 1961
- Dahm, Georg Völkerrecht, Bd. I
Stuttgart 1958
- Diederichsen, Uwe Fortschritte im dogmatischen Verständnis des Anscheinsbeweises
ZZP 81 (1968), 45
- Diederichsen, Uwe Zur Rechtsnatur und systematischen Stellung von Beweislast und Anscheinsbeweis
VersR 1966, 211
- Dölle, Hans Internationales Privatrecht
2. Aufl., Karlsruhe 1972
- Dölle, Hans Internationales Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit
RabelsZ 27 (1962/63), 201
- Dölle, Hans Kernprobleme des Internationalen Rechts der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
Deutscher Notartag 1961, S. 29
- Edler, Rudolf Verjährung und res iudicata im englischen IPR
RabelsZ 40 (1976), 43
- Erman Handkommentar zum BGB, zweiter Band
6. Aufl., Münster 1975
- Ferid, Murad Die 9. Haager Konferenz
RabelsZ 27 (1962/63), 411
- Ferid, Murad Internationales Privatrecht
Berlin 1975
- Ferid, Murad Methoden, Möglichkeiten und Grenzen der Privatrechtsvereinheitlichung
Z.f.Rvgl. 3 (1962), 193

- Ferid-Firsching Internationales Erbrecht
Bd. I - V, München, Stand: 1979
- Firsching, Karl Deutsch-amerikanische Erbfälle
München-Berlin 1965
- Firsching, Karl Einführung in das internationale Pri-
vatrecht
München 1974
(zit.: IPR)
- Firsching, Karl Familienrecht und andere Rechtsgebiete
in der freiwilligen Gerichtsbarkeit
3. Aufl., München 1973
(zit.: Familienrecht)
- Fragistas, Charalambos Die Prozeßstandschaft im internationa-
len Privatrecht
Festschrift für Lewald, S. 471
Basel 1953
- Frank, Rainer Die Verschiebung von Prozeßrechtsver-
hältnissen mit Hilfe der gewillkürten
Prozeßstandschaft
ZZP 92 (1979), 321
- Frank, Rainer Öffentlich-rechtliche Ansprüche frem-
der Staaten vor inländischen Gerichten
RabelsZ 34 (1970), 56
- Frankenstein, Ernst Internationales Privatrecht
Dritter Band
Berlin 1934
- Gamillscheg, Franz Die "Wesenseigene Zuständigkeit" bei
der Scheidung von Ausländern
Festschrift für Hans Dölle II, S. 289
Tübingen 1963
- Gamillscheg, Franz Überlegungen zur Methode der Qualifi-
kation
Festschrift für Michaelis, S. 79
Göttingen 1972

- Gihl, Torsten Lois politiques et droit international privé
Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, Bd. 83 (1953 II), S. 167
- Grasmann, Günther Relevanz ausländischen Prozeßrechts in Ehesachen
ZZP 83 (1970), 214
- Grunsky, Wolfgang Grundlagen des Verfahrensrechts
2. Aufl., Bielefeld
(zit.: Grundlagen)
- Grunsky, Wolfgang Lex fori und Verfahrensrecht
ZZP 89 (1976), 241
- Habscheid, Walter Freiwillige Gerichtsbarkeit
6. Aufl., München 1977
(zit.: FG)
- Hainmüller, Dietmar Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadensersatzprozeß
Tübingen 1966
- Hanisch, Hans Auslandsvermögen des Schuldners im Inlandsinsolvenzverfahren und vice versa
in: Einhundert Jahre Konkursordnung Köln-Berlin-Bonn-München 1977
(zit.: Hanisch, Auslandsvermögen)
- Heiz, Rudolf Das fremde öffentliche Recht im internationalen Kollisionsrecht
Diss. Zürich 1959
- Heldrich, Andreas Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht
Berlin-Tübingen 1969

- Hellwig, Hans-Jürgen Zur Systematik des zivilprozeßrechtlichen Vertrages
Diss. Bonn 1968
- Henckel, Wolfram Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß
Heidelberg 1961
(zit.: Parteilehre)
- Henckel, Wolfram Prozeßrecht und materielles Recht
Göttingen 1970
- Jacobs, Jürgen Karl Die perpetuatio fori im internationalen Recht des Zivilprozesses und der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Diss. Köln 1962
- Jansen, Paul Freiwillige Gerichtsbarkeit
Bd. 1, 2. Aufl., Berlin 1969
Bd. 2, 2. Aufl., Berlin 1970
- Jauernig, Othmar Zivilprozeßrecht
18. Aufl., München 1977
- Kahn, Franz Abhandlungen zum internationalen Privatrecht
Bd. I, München-Leipzig 1928
- Kass, Bela Prozeßstandschaft und Rechtskraftwirkung
Diss. Frankfurt 1971
- Kegel, Gerhard Die Grenze von Qualifikation und Renvoi im internationalen Verjährungsrecht
Köln-Opladen 1962
(zit.: Qualifikation und Renvoi)
- Kegel, Gerhard Internationales Privatrecht
4. Aufl., München 1978
(zit.: IPR)

- Kegel/Seidl-Hohenveldern Zum Territorialitätsprinzip im internationalen öffentlichen Recht
Festschrift für Ferid, S. 233
München 1978
- Keidel-Kuntze-Winkler Freiwillige Gerichtsbarkeit
Teil A, 11. Aufl., München 1978
- Keller, Max Verhältnis zwischen materiellem Privatrecht und Internationalem Privatrecht
Schweiz. JZ 1972, 65
- Kollhosser, Helmut Anscheinsbeweis und freie richterliche Beweiswürdigung
AcP 165 (1965), 46
- Konzen, Horst Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien
Berlin 1976
- Kopp Kollisionsrecht im öffentlichen Recht
DVB1 1967, 469
- Kralik, Winfried Die internationale Zuständigkeit
ZZP 74 (1961), 2
- Kropholler, Jan Das Haager Minderjährigenschutzabkommen - ein neuer Ansatz im deutschen IPR
NJW 1971, 1721
- Kropholler, Jan Das Haager Abkommen über den Schutz Minderjähriger
1. Aufl., Bielefeld 1966
2. Aufl., Bielefeld 1977
(zit.: MSA)
- Kropholler, Jan Die Anpassung im Kollisionsrecht
Festschrift für Ferid, S. 279
München 1978

- | | |
|---------------------|--|
| Lange-Kuchinke | Lehrbuch des Erbrechts
2. Aufl., München 1978 |
| Lewald, Hans | Das deutsche internationale Privat-
recht
Erster Band, Leipzig 1930
Zweiter Band, Leipzig 1931 |
| Lücke, Gerhard | Die Prozeßführungsbefugnis
ZZP 76 (1963), 1 |
| Lunz, L.A. | Internationaler Zivilprozeß
Berlin 1968 |
| Luther, Gerhard | Das Haager Abkommen über den Schutz
Minderjähriger
FamRZ 1973, 406 |
| Markovic, Millivoje | Internationale Freiwillige Gerichts-
barkeit
Zeitgenössische Fragen des internatio-
nalen Zivilverfahrensrechts, Referate
zur III. Münchener Ost-West-Tagung
1972, S. 131
(zit.: Zeitgenössische Fragen) |
| Matscher, Franz | Zuständigkeitsvereinbarungen im öster-
reichischen und im internationalen Ziv-
ilprozeßrecht
Wien-New York 1967 |
| Melichar, Ferdinand | Familienrat des spanischen Rechtes in
Deutschland?
FamRZ 1966, 87 |
| Meyer-Wiesner, Lore | Begründung, Voraussetzungen und Wir-
kungen der Adoption in Deutschland,
England, Frankreich und Österreich
Diss. Bonn 1963 |

- Milleker, Erich
Inlandswirkungen der Streitverkündung
im ausländischen Verfahren
ZZP 80 (1967), 288
- Müller, Horst
Das internationale Privatrecht der
Todeserklärung
in: Lauterbach, Vorschläge und Gutach-
ten zur Reform des Deutschen Interna-
tionalen Personen- und Sachenrechts
Tübingen 1972
(zit.: IPR der Todeserklärung)
- Müller, Horst
Der Grundsatz des wohlerworbenen Rechts
im internationalen Privatrecht
Hamburg 1935
(zit.: Grundsatz des wohlerworbenen
Rechts)
- Müller, Horst
Der Schuldausspruch bei Ehescheidungen
durch deutsche Gerichte nach ausländi-
schem Recht
JbIntR 5 (1955), 239
- Müller, Horst
Internationale Zuständigkeit
Deutsche Landesreferate zum VII. Inter-
nationalen Kongreß für Rechtsverglei-
chung in Uppsala 1966, S. 181
Berlin-Tübingen 1967
(zit.: Int. Zust.)
- Müller-Freienfels, Wolfram
Die Verjährung englischer Wechsel vor
deutschen Gerichten
Festschrift für Zepos, Bd. II, S. 491
Athen-Freiburg/Br.-Köln 1973
- Mugdan, B.
Die gesammten Materialien zum Bürger-
lichen Gesetzbuch für das deutsche
Reich
I. Band: Einführungsgesetz und Allge-
meiner Theil
Berlin 1899

- Nagel, Heinrich Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozeß
Baden-Baden 1967
- Neuhaus, Paul-Heinrich Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts
1. Aufl., Tübingen-Berlin 1962
2. Aufl., Tübingen 1976
(zit.: Grundbegriffe)
- Neuhaus, Paul-Heinrich Internationales Zivilprozeßrecht und internationales Privatrecht
RabelsZ 20 (1955), 201
- Neuhaus, Paul-Heinrich Zur internationalen Zuständigkeit in der freiwilligen Gerichtsbarkeit
NJW 1967, 1167
- Neumeyer, Karl Internationales Verwaltungsrecht
Bd. IV, Zürich-Leipzig 1936
- Neuner, Robert Der Sinn der internationalprivatrechtlichen Norm
Brünn-Prag-Leipzig-Wien 1932
(zit.: Sinn der IPR-Norm)
- Neuner, Robert Internationale Zuständigkeit
Mannheim-Berlin-Leipzig 1929
(zit.: Intern. Zust.)
- Niederländer, Hubert Materielles Recht und Verfahrensrecht im Internationalen Privatrecht
RabelsZ 20 (1955), 1
- Niemeyer, Theodor Zur Vorgeschichte des Internationalen Privatrechts
München-Leipzig 1915
- Nitsche, Hans-Jürgen Das Internationale Privatrecht der Todeserklärung
Diss. München 1971

- Nußbaum, Arthur** Deutsches internationales Privatrecht
Tübingen 1932
- v. Overbeck, Alfred E.** Persons-International Encyclopedia of
Comparative Law 1973
Bd. III - Kap. 15
- Pagenstecher, Max** Werden die Partei- und Prozeßfähigkeit
eines Ausländers nach seinem Personal-
statut oder nach den Sachnormen der
lex fori beurteilt?
ZZP 64 (1950/51), 249
- Palandt** Bürgerliches Gesetzbuch
39. Aufl., 1980
(zit.: Palandt-Bearbeiter)
- Partikel, Helga-Christa** Kritische Bemerkungen zur rechtlichen
Beurteilung von Privatscheidungen im
Inland
FamRZ 1969, 15
- Pawlowski, Enka** Der prima-facie-Beweis bei Schadenser-
satzansprüchen aus Delikt und Vertrag
Göttingen 1966
- Pikart-Henn** Lehrbuch der Freiwilligen Gerichtsbar-
keit
Köln-Berlin-Bonn-München 1963
- Pinkernelle-Spreen** Das Internationale Nachlaßverfahrens-
recht
DNotZ 1967, 195
- Pohle, Rudolf** Zur Beweislast im internationalen
Recht
Festschrift für Dölle II, S. 317
Tübingen 1963
- Raape, Leo** Der Notar und das internationale
Privatrecht
DNotZ 1950, 188

- Riezler, Erwin Internationales Zivilprozeßrecht
Berlin-Tübingen 1949
- Rosenberg, Leo Zur Lehre von der gewillkürten Prozeß-
standschaft
JZ 1952, 137
- Rosenberg-Schwab Zivilprozeßrecht
12. Aufl., München 1977
- Rüßmann, Helmut Einziehungsermächtigung und Klage-
befugnis
AcP 172 (1972), 520
- Schlechtriem, Peter Ausländisches Erbrecht im deutschen
Verfahren
Karlsruhe 1966
- Schlegelberger, Franz Gesetz über die Angelegenheiten der
freiwilligen Gerichtsbarkeit
Bd. I, 6. Aufl., Köln-Berlin 1952
- Schlosser, Peter Gestaltungsklagen und Gestaltungs-
urteile
Bielefeld 1966
- Schnitzer, Adolf F. Handbuch des internationalen Privat-
rechts
Bd. II, 4. Aufl., Basel 1958
- Schnorr v. Carolsfeld,
Ludwig Internationalrechtliche Fragestellun-
gen zur Dogmatik des deutschen Zivil-
prozeßrechts
Festschrift für Lent, S. 245
München-Berlin 1957
- Schoch, Magdalene Klagbarkeit, Prozeßanspruch und Beweis
im Lichte des internationalen Rechts
Leipzig 1934

- Schön, Martin Die Schweizerische internationale Zuständigkeit in Sachen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
Freiburg/Schweiz 1974
- Schoetensack, Friedrich Der Notar und das internationale Urkundsverfahrensrecht
DNotZ 1952, 265
- Schröder, Jochen Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen
Berlin 1961
- Schulze, Johannes Das öffentliche Recht im internationalen Privatrecht
Frankfurt a.M. 1972
- Schwimann, Michael Internationales Zivilverfahrensrecht
Wien 1979
- Schwimann, Michael Internationale Zuständigkeit in Abhängigkeit von der lex causae?
RabelsZ 34 (1970), 201
- Schwimann, Michael Verfahrensrechtliche Probleme im deutschen internationalen Adoptionsrecht
RabelsZ 38 (1974), 571
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch
Bd. I, 9. Aufl., Stuttgart 1959
(zit.: Soergel-Siebert, 9. Aufl.)
- Soergel-Siebert Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Bd. 7: Einführungsgesetz
10. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1970
(zit.: Soergel-Bearbeiter)

- Stalev, Zivko
Der Fremde im Zivilprozeß - Der Grundsatz der lex fori und seine Durchbrechung
in: Zeitgenössische Fragen des internationalen Zivilverfahrensrechts - Referate zur III. Münchener Ost-West-Rechtstagung 1972 - Studien des Instituts für Ostrecht
Tübingen-Basel 1972
(zit.: Der Fremde im Zivilprozeß)
- v. Staudinger
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Bd. VI, Einführungsgesetz, 2. Teil
München-Berlin-Leipzig 1931
- v. Staudinger
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGBGB: Teil 2
10./11. Aufl., Berlin 1970
EGBGB: Teil 3
10./11. Aufl., Berlin 1973
(zit.: Staudinger-Bearbeiter)
- v. Steiger, W.
Die Revision des Haager Abkommens von 1902 zur Regelung der Vormundschaft über Minderjährige
Schweiz. JZ 1960, 256
- Stein-Jonas
Kommentar zur Zivilprozeßordnung
Erster Band, 19. Aufl., Tübingen 1972
20. Aufl., Tübingen 1977 (1. Lieferung)
(zit.: Stein-Jonas-Bearbeiter)
- Swoboda, Franz
Das internationale Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Diss. München 1939
- Thomas-Putzo
Zivilprozeßordnung
10. Aufl., München 1978

- Trinkner, Reinhold Zulässigkeit und Zustandekommen der
Prorogation der internationalen Zu-
ständigkeit eines deutschen Gerichts
BB 1972, 764
- Verdross, Alfred Völkerrecht
Wien 1964
- Vischer, Frank Die rechtsvergleichenden Tatbestände
im internationalen Privatrecht
Basel 1953
- Vogel, Klaus Der räumliche Anwendungsbereich der
Verwaltungsrechtsnorm
Frankfurt/a.M.-Berlin 1965
- Wahl, Eduard Zum internationalen Recht der Freiwil-
ligen Gerichtsbarkeit in Personen- und
Familiensachen
RabelsZ 10 (1936), 40
- Walchshöfer, Alfred Die deutsche internationale Zuständig-
keit in der streitigen Gerichtsbarkeit
ZZP 80 (1967), 165
- Wetzell, Georg W. System des ordentlichen Zivilprozesses
3. Aufl., Leipzig 1878
- Wieczorek Zivilprozeßordnung
Bd. I, 2. Aufl., Berlin-New York 1976
- Wieser, Eberhard Das Rechtsschutzinteresse des Klägers
im Zivilprozeß
Bielefeld 1971
- Wiethölter, Rudolf Internationales Nachlaßverfahrensrecht
in: Lauterbach, Vorschläge und Gutach-
ten zur Reform des deutschen interna-
tionalen Erbrechts, S. 141 ff.
Berlin-Tübingen 1969
(zit.: Vorschläge und Gutachten)

- Winkler, Karl Beurkundungen im Ausland bei Geltung
deutschen Rechts
NJW 1972, 981
- Wolff, Martin Das internationale Privatrecht Deutsch-
lands
3. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg
1934
- Wunderlich, Peter Zur Prozeßstandschaft im internationa-
len Recht
Diss. München 1970
- Wuppermann, Michael Auslandsbeurkundungen von Gesellschaf-
terbeschlüssen im Widerstreit zwischen
Kostenersparnis und Rechtssicherheit
AWD 1974, 255
- Wuppermann, Michael Zum Haager Minderjährigenschutzabkommen
- Einige Grundprobleme aus der Sicht
der Rechtsentwicklung
FamRZ 1974, 414
- Zeiler, Christian Die Voraussetzungen der Adoption in
England mit einer einleitenden Dar-
stellung der Entwicklung des engli-
schen Adoptionsrechts und einem Über-
blick über das Adoptionsverfahren
Diss. Marburg 1959
- Zweigert, Konrad Internationales Privatrecht und öffent-
liches Recht
in: Fünfzig Jahre Institut für Inter-
nationales Recht an der Universität
Kiel
Hamburg 1965

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ASGG	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch Österreichs
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters ;
BayObLG	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landes- gerichts in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
BB	Betriebs-Berater
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivil- sachen, Amtliche Sammlung
B.L.D.	Bulletin législatif Dalloz
BW	Burgerlijk Wetboek (Niederlande)
C.c.	Code civil (franz.), Codice civile (ital.)
C.proc.	Code de procédure civile (franz.), Codice di procedura civile (ital.)
DMotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
IPC	Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts
JbIntR	Jahrbuch für internationales Recht
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grund- buchrechts

JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
Schweiz.JZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
Z.f.Rvgl.	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZVglRW	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

EINLEITUNG

Schwierigkeiten bei der Berücksichtigung fremden Verfahrensrechts bestehen so lange wie das internationale Zivilprozeßrecht selbst; denn so alt wie das internationale Zivilprozeßrecht ist auch der Grundsatz der lex fori bzgl. der Beachtung von Verfahrensrecht ¹⁾, der gleichsam das "Grundübel" für derartige Rechtsanwendungsprobleme in sich trägt. Will man sich mit den Anwendungsmöglichkeiten ausländischen Prozeßrechts auseinandersetzen, so ist die Erörterung der Gründe geboten, die für bzw. gegen das lex-fori-Prinzip sprechen.

Das Prinzip von der ausschließlichen Anwendung eigenen Verfahrensrechts geht von zwei verschiedenen Rechtsgebieten aus, die keine wechselseitige Abhängigkeit aufweisen und damit deutlich voneinander zu trennen sind.²⁾ Gerade mit diesem zweifelhaften Ausgangspunkt wird ein breites Fundament der Unsicherheit bei der Anwendung ausländischen Rechts geschaffen, da der Richter eine genaue Abgrenzung von zu beachtendem Sachrecht und nicht zu berücksichtigendem Prozeßrecht vorzunehmen hat. Materielles und prozessuales Recht gehen aber häufig eine Verbindung miteinander ein, die zu entflechten für den Richter eine unlösbare Aufgabe zu sein scheint. Dies zeigt sich besonders dort, wo Rechtsfolgen ohne richterliches Handeln nicht eintreten sollen.³⁾

Darüber hinaus muß der Richter häufig erkennen, daß ihm das eigene Verfahrensrecht bei der Anwendung ausländischen materiellen Rechtes Beschränkungen auferlegt.⁴⁾ Der Befehl der Kollisionsnorm, das ausländische Sachrecht zu befolgen, setzt bei strikter Berücksichtigung des lex-fori-Grundsatzes voraus, mittels des eigenen Verfahrensrechtes diesem Wunsche

1) Heldrich, S. 14.

2) Dölle, RabelsZ 27 (1962/63), 201 (203).

3) Dölle, a.a.O.

4) Gamillscheg, Festschr. f. Dölle II, S. 289.

entsprechen zu können. Auf Grund der unterschiedlichen Rechtsordnungen sind Reibungspunkte dabei unvermeidbar.

In den folgenden Ausführungen soll versucht werden, eine Antwort darauf zu geben, inwieweit eine saubere Trennung des anwendbaren vom nichtanwendbaren ausländischen Recht möglich ist. Bei der Entwicklung von Abgrenzungskriterien ist Wert darauf zu legen, daß der auf das fremde Recht verweisenden Kollisionsnorm Genüge getan und das ausländische Sachrecht demgemäß im Inland in möglichst umfangreichem Maße verwirklicht wird. Andererseits sind aber auch inländische Interessen, die sich möglicherweise auf die Beachtung inländischer Rechtsvorschriften richten, nicht aus dem Auge zu verlieren.

Die Schwierigkeit, den Umfang des anwendbaren fremden Rechtes zu bestimmen, tritt in der streitigen Gerichtsbarkeit auf, findet sich häufig aber auch gerade im speziellen Regelungsbereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Daher sollen diese beiden Sachkomplexe gleichermaßen Beachtung finden, indem zunächst die gemeinsame Problematik erörtert und ein übergreifender Lösungsvorschlag entwickelt wird. Da der besondere Charakter der freiwilligen Gerichtsbarkeit dazu geführt hat, daß die Frage der Anwendbarkeit fremden Verfahrensrechts z.T. in spezifischer Weise beantwortet wird, soll hierauf an gesonderter Stelle eingegangen werden.

Das Ziel der Darstellung kann nicht in der detaillierten Diskussion von Einzelfragen liegen. Um den Anforderungen der Themenstellung weitgehend gerecht zu werden, muß sich die Erörterung innerhalb der einzelnen Gebiete auf jene Teilaspekte beschränken, die die Problematik deutlich aufzeigen oder aber auf Grund der Tatsache, daß die Praxis häufig mit ihnen konfrontiert wird, von besonderem Interesse sind.

1. Kapitel:

Begründungsversuche für die Beibehaltung des lex-foi-Prinzips

I. Die notwendige Übersichtlichkeit des Verfahrens

Eine schnelle und fehlerfreie Entscheidung der Gerichte verlangt eine eindeutige Regelung des Verfahrensrechts.¹⁾ Die Ermittlung und Anwendung ausländischen Verfahrensrechts aber bringt Hemmnisse im Verfahrensablauf mit sich. Daher wird geltend gemacht, daß die Anwendung ausländischen Verfahrensrechtes dazu zwingt, den gesamten Verfahrensablauf auf ausländisches Recht abzustellen, so daß sich die Schwierigkeiten ungleich vergrößerten.²⁾ Die Ermittlung des fremden Rechtes aber mache den gesamten Verlauf des Prozesses schleppend und unsicher, womit sich das Verfahren zwangsläufig in die Länge ziehe.³⁾ Unausweichliche Folge sei eine Ansehenseinbuße der inländischen Gerichte.

Unbestreitbar wird der Verfahrensablauf schleppender und zieht sich eventuell auch über eine längere Zeit hin, wenn der inländische Richter Veranlassung findet, seine eigenen Verfahrensregeln außer acht zu lassen und sich um die Erkenntnis ausländischer Normen zu bemühen, um das Verfahren auf sie umzustellen. Soweit ausländisches Prozeßrecht zu berücksichtigen ist, würde der Richter gezwungen werden, im Interesse der sicheren Führung des Verfahrens, die viel Routine und oft auch spontanes Vorgehen verlangt, zügig umzudenken und sich auf ein teilweise fremdes Verfahren ein-

1) Booß, S. 23.

2) Neuhaus, RabelsZ 20 (1955), 201 (257); Heiz, S. 112.

3) Kegel, IPR, S. 485; Soergel-Kegel, vor Art. 7, Anm. 310; ferner Booß, S. 23, der in erster Linie wesentliche Prozeßgrundsätze wie die Grundsätze der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit, die Verhandlungsmaxime sowie die Förderungs- und Wahrheitspflicht der Parteien aus Zweckmäßigkeitserwägungen durch den Grundsatz der lex fori geschützt wissen will. Im Ergebnis ebenso auch Randzio, S. 183.

zustellen. Dieser Schwierigkeit begegnet der Richter jedoch ebenso bei der Berücksichtigung ausländischen materiellen Rechts. Daher findet die völlige Ignorierung fremden Prozeßrechts keine Rechtfertigung in dem Hinweis auf den schleppenden Prozeßverlauf.

Außerdem stimmt es nachdenklich, wenn aus Gründen des zügigen und sicheren Verfahrensablaufs die Gerechtigkeit in den Hintergrund treten müßte. Bei denjenigen Autoren, die die Anwendung der *lex fori* mit Zweckmäßigkeitserwägungen rechtfertigen, findet sich kein Hinweis auf die Frage, ob nicht Gerechtigkeitsgründe geradezu fordern, ausländischem Verfahrensrecht Beachtung zu schenken, weil evtl. das inländische Recht nicht das geeignete Verfahren für die fremde Sachnorm zur Verfügung stellt, das ausländische Recht also näher "am Fall" ist. Nicht zu überzeugen vermag auch das Argument Kegels, die schleppende und unsichere Prozeßführung bringe einen Verlust an Gerichtswürde mit sich.¹⁾ Das Verfahren, das ausländisches Recht zu berücksichtigen hat, kann vom Richter nicht mit derselben Routine geleitet werden wie im Falle der ausschließlichen Anwendung eigenen Rechts. Diese Schwierigkeit ergibt sich sowohl bei der Berücksichtigung fremden materiellen wie auch des prozessualen Rechts und ist für die Prozeßbeteiligten offensichtlich. Daher wird das Bemühen der Gerichte, angesichts dieser Problematik eine sachgerechte Entscheidung nach fremdem Recht zu treffen, eher auf Verständnis stoßen, als daß es ihr Ansehen schmälert.²⁾

II. Das Territorialitätsprinzip

Eine andere Erklärung für die Anwendung der *lex fori* wird im Territorialitätsprinzip gesucht.³⁾ Dieser Ansicht nach

1) a.a.O.

2) Neuhaus, a.a.O., S. 226, der allerdings die Problematik ausländischen materiellen Rechts behandelt; Boß, S. 23 Fußn. 2.

3) Riezler, S. 94; s. auch Stalev, a.a.O., S. 41, der in Fußn. 39 die Kritik jedoch als berechtigt anerkennt.

ist der Prozeß notwendigerweise mit dem Territorium verbunden, auf dem er geführt wird. Der Zivilprozeß sei Ausfluß der Betätigung des Staates, der beim Handeln seiner Organe allein die eigene Rechtsordnung angewendet wissen wolle. Die Einheit des Prozesses erzwingt auch die Verpflichtung der Parteien, die lex fori als maßgeblich zu akzeptieren.¹⁾

Das Territorialitätsprinzip besagt lediglich, daß der Staat auf die Einhaltung von ihm angeordneter Rechtsfolgen nur innerhalb seines eigenen Gebietes bestehen kann²⁾, d.h. daß Gesetze wie die hier zur Debatte stehenden zivilprozessualen Vorschriften ihre Wirkung nur innerhalb dieses Staatsgebietes entfalten.³⁾ Faßt man das Territorialitätsprinzip als Gegensatz zum Personalprinzip auf, so drückt es nicht mehr aus als die Befugnis des Staates, auf eigenem Territorium ausschließlich eigenes Verfahrensrecht anzuwenden.⁴⁾

Nach dem Grundsatz der Universalität kommen dem ausländischen Rechtsverhältnis im Inland dieselben Wirkungen zu wie im Ursprungsland.⁵⁾ Das Territorialitätsprinzip ermöglicht im Gegensatz hierzu u.U. lediglich die Anerkennung solcher Akte, denen ausländisches Verfahren zugrunde liegt, läßt dabei jedoch die Tätigkeit der inländischen Gerichte nach ausländischem Verfahrensrecht nicht zu.⁶⁾

Die begriffliche Darstellung des Territorialitätsprinzips ist zur Begründung des lex-fori-Grundsatzes unzureichend. Denn selbst unter Einbeziehung der möglichen Gegenpole - des Personal- und des Universalitätsprinzips - enthält es keine konkrete Aussage zur Anwendbarkeit des fremden Verfahrensrechtes.⁷⁾

1) Riezler, a.a.O.

2) Kegel/Seidl-Hohenveldern, Festschr. f. Ferid, 233 (234); Frank, RabelsZ 34 (1970), 56 (59).

3) Kegel/Seidl-Hohenveldern, a.a.O., S. 236.

4) v. Craushaar, S. 21; Booß, S. 19 f.

5) Neuhaus, Grundbegriffe, S. 185.

6) Vgl. auch Booß, S. 20.

7) Ähnlich v. Craushaar, a.a.O.

Selbstverständlich bleibt es allein der Staatsgewalt überlassen, welche Rechtsnormen auf dem eigenen Staatsgebiet Geltung beanspruchen können. Hierzu gehört auch die Möglichkeit, ausländisches Recht, wenn es gegenüber eigenen Normen Vorteile aufzeigt, für anwendbar zu erklären. Das Handeln der staatlichen Organe beinhaltet nicht zwangsläufig die Anwendung ausschließlich inländischen Verfahrensrechtes etwa kraft Natur der Sache; gerade hierauf kann der Staat auf Grund seiner Souveränität verzichten, wie auch aus der Anwendbarkeit ausländischen materiellen Rechtes ersichtlich ist.¹⁾ Das Gericht nimmt seine Handlungen nach dem Willen des Staates wahr, der das Territorium beherrscht, auf dem das Verfahren durchgeführt wird. Diese Handlungen können sich daher durchaus nach fremdem Recht richten, wobei unerheblich ist, ob es sich um Verfahrens- oder materielles Recht handelt, wenn dieses im Interesse des Staates liegt, dessen Rechtsordnung auf das ausländische Recht verweist. Dabei beinhaltet die Anwendung der ausländischen Regelung keinen Souveränitätsverlust²⁾, da er auf Grund seines Kollisionsrechtes das ausländische Recht ausdrücklich als eigenes anwendet.³⁾ Daher ist das Territorialitätsprinzip als Begründung für die Anwendung ausschließlich eigenen Verfahrensrechtes unbrauchbar.

III. Umkehrschluß aus §§ 55, 369 ZPO

Möglicherweise kann die Maßgeblichkeit der lex fori aus dem inländischen Verfahrensrecht selbst hergeleitet werden.⁴⁾ Gem. § 369 ZPO ist eine im Ausland gewonnene mangelhafte Be-

1) Auf den Widerspruch, daß die Territorialgewalt nach einheitlicher Auffassung nicht der Anwendung ausländischen materiellen Rechtes entspreche, weist auch v. Craushaar, S. 21, hin.

2) Einen Souveränitätsverlust stellt Schlechtriem, a.a.O., fest, hält ihn allerdings für tragbar.

3) v. Craushaar, a.a.O.; Schlechtriem, a.a.O.; Kralik, ZZP 74 (1961), 2 (11); H. Müller, Grundsatz des wohlerworbenen Rechtes, S. 310.

4) So Stein-Jonas-Pohle, Einl. N I 2.

weisaufnahme im Inland zu verwerten, wenn sie den Anforderungen des deutschen Rechts entspricht. Hieraus lasse sich der Schluß ziehen, daß in allen übrigen Verfahrensfragen allein das deutsche Recht als maßgeblich heranzuziehen sei, da die Anwendung der *lex fori* vorausgesetzt werde. Als Bestätigung dieser These biete sich § 55 ZPO an, der einem Ausländer, dem von seinem Heimatrecht die Prozeßfähigkeit abgesprochen wird, die Prozeßfähigkeit dennoch zugesteht, wenn sie nach inländischem Recht gegeben wäre.¹⁾

Dieser Argumentation begegnet Grunsky mit berechtigter Kritik.²⁾ Aus dem Vorhandensein zweier Vorschriften im inländischen Verfahrensrecht läßt sich nicht der allgemeine Schluß ziehen, das deutsche Recht spreche sich ausschließlich für die Maßgeblichkeit der eigenen Verfahrensnormen aus, wenn diese Regelungen diesbezgl. keine ausdrückliche Aussage enthalten. Würde man § 369 ZPO losgelöst von der Tatsache betrachten, daß die *lex fori* für das Prozeßrecht von jeher maßgeblich war, ließe sich sogar eine gänzlich entgegengesetzte Auslegung vornehmen. Gerade weil in diesem Falle vom Grundsatz der *lex fori* nicht zwingend ausgegangen würde, könnte § 369 ZPO dahingehend verstanden werden, daß der Gesetzgeber lediglich die zusätzliche Berücksichtigung inländischen Verfahrensrechtes betonen wollte, wenn die Beweisaufnahme zwar nicht dem innerstaatlichen Verfahrensrecht der tätig gewordenen Behörde, wohl aber dem deutschen Recht entspricht.

Kritik ist weiterhin auch deshalb angebracht, weil § 55 ZPO lediglich darauf abstellt, daß die Prozeßfähigkeit nach ausländischem Recht nicht gegeben ist. Es ist allgemein anerkannt, daß unabhängig von dieser Regelung im Inland die Prozeßfähigkeit bejaht wird, wenn sie nach dem Heimatrecht des Ausländers besteht.³⁾ Die Rechtsentwicklung hat somit gerade dahin geführt, daß nicht allein das inländische

1) Stein-Jonas-Pohle, a.a.O.

2) ZZP 89 (1976), 241 (242 f.)

3) Vgl. Thomas-Putzo, § 55, Anm. 1 a; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 55, Anm. I 1.

Verfahrensrecht den Ausschlag geben soll, sondern sie erkennt teilweise ausländische Verfahrensbestimmungen an.¹⁾

§ 55 ZPO kann somit auch aus diesem Grunde nicht als Begründung für die Maßgeblichkeit der lex fori dienen. Ähnliches gilt für § 369 ZPO, da auch eine nach fremdem Recht fehlerfreie Beweisaufnahme Verwertung im Inlandsverfahren findet, gleichgültig, ob sie deutschen Verfahrensanforderungen entspricht oder nicht.²⁾

Der Wortlaut des § 55 ZPO läßt außerdem eine weitere Interpretation zu. Der Gesetzgeber ist möglicherweise davon ausgegangen, daß es sich bei der Beurteilung der Prozeßfähigkeit um eine Frage handelt, die grundsätzlich durchaus vom ausländischen Recht bestimmt werden kann.³⁾ Die inländische Regelung der Prozeßfähigkeit könnte für ihn von solch großer Bedeutung gewesen sein, daß er der Anwendung fremden Rechts hier Grenzen setzen wollte.

IV. Unverträglichkeit ausländischen Verfahrensrechts mit dem ordre public

Die lex fori wäre dann für die Berücksichtigung des Verfahrensrechts ausschlaggebend, wenn dieses sich als zum Bereich des "ordre public" gehörig erweisen und die Anwendung fremder Verfahrensvorschriften damit gegen Art. 30 EGBGB verstoßen würde.

Voraussetzung für den Verstoß gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes wäre, daß die Gesamtheit der inländischen Verfahrensvorschriften als derart unumstößlich angesehen werden müßte, daß "das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts zu den Grundgedanken der deutschen Regelung und der in ihnen liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen in so starkem Widerspruch steht, daß es von uns für untragbar

1) Grunsky, a.a.O.

2) Vgl. Grunsky, a.a.O.; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 369, Anm. 1; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 369, Anm. 1.

3) Vgl. zur Behandlung der Prozeßfähigkeit unten S. 80 ff.

gehalten wird".¹⁾ Man wird allerdings kaum so weit gehen können, etwa einfache Vorschriften, die die technische Abwicklung des Verfahrens betreffen, als derart elementar zu betrachten, daß sie einer Beachtung ausländischen Rechtes im Wege stehen könnten.²⁾ Eine solche Einstellung würde die eigene Rechtsordnung in nicht gerechtfertigtem Maße überbewerten und zu einer bedenklichen Haltung gegenüber dem fremden Recht führen. Der Zusammenarbeit der Staaten im Bereich des internationalen Privatrechts wären durch derartige restriktive Argumentationsweisen empfindliche Barrieren gesetzt.

Dennoch darf hieraus nicht gefolgert werden, daß die Nichtbeachtung inländischer Verfahrensvorschriften nicht gegen den ordre public verstoßen könnte. Ein Teil der deutschen Regelungen ist als elementar für das gesamte Rechtsverständnis zu betrachten.³⁾ Hierzu gehören vor allem solche Normen, die ein verfassungsrechtlich verankertes Recht garantieren, wie z.B. der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 GG.⁴⁾ Außerdem mögen etwa die Öffentlichkeit der Verhandlung, die Grenzen der staatlichen Gerichtsbarkeit⁵⁾ sowie die Verpflichtung zur Rechtsschutzgewährung⁶⁾ u.ä. Regelungen von Art. 30 EGBGB erfaßt sein, ohne daß die Grenze der durch den ordre public geschützten Vorschriften genau bestimmt werden könnte.

Zum Schutzbereich des ordre public gehören somit zwar auch

1) So die Formel des BGH in Bd. 50, 370 (375 f.), 54, 123 (130); 54, 132 (140), der die in der Literatur vielfach kritisierte urspr. Formulierung des RG revidiert, vgl. hierzu Kegel, IPR, S. 236, Ferid, S. 62.

2) Riezler, S. 93; v. Craushaar, S. 23; Neuhaus, RabelsZ 20 (1955), 257; Breuleux, S. 13.

3) Dies ergibt sich bereits aus § 328 I Nr. 4 ZPO, wo die Anerkennung ausländischer Urteile abgelehnt wird, die gegen den deutschen ordre public verstoßen.

4) Kegel, IPR, S. 242; Booß, S. 21 f.

5) Riezler, a.a.O.; v. Craushaar, S. 23; Schlechtriem, S. 33.

6) Kegel, IPR, S. 485; ebenso Schlechtriem, S. 33 Fußn. 15.

einzelne Rechtselemente auf dem Gebiet des Verfahrensrechts, auf der breiten Ebene der Verfahrensnormen vermag er jedoch nicht weiterzuhelfen und kann damit zur Begründung der Maßgeblichkeit der *lex fori* nicht ausschlaggebend sein.¹⁾ Zudem ist die Frage zu stellen, ob der *ordre public*, der sozusagen nur als "letzte Barriere" in Ausnahmefällen heranzuziehen ist, ein weitreichendes Prinzip rechtfertigt, das die Anwendung ausländischen Rechts auf breiter Basis unmöglich macht.

V. Verfahrensvorschriften als Normen des öffentlichen Rechts

Im Vordergrund steht heute die Ansicht, beim Verfahrensrecht handele es sich um öffentliches Recht.²⁾ Fremdes öffentliches Recht sei aber seinem Wesen nach im Inland unanwendbar. Hiermit wird zunächst die Möglichkeit als selbstverständlich angesehen, zwischen privatem und öffentlichem Recht differenzieren zu können. Schon diese Prämisse ist fragwürdig und bedarf einer näheren Untersuchung.³⁾

1. Die Abgrenzung von privatem und öffentlichem Recht

Privatrecht im herkömmlichen Sinne ist dahingehend zu umschreiben, daß es die Achtung von Selbständigkeit und Frei-

1) Nicht gänzlich von der Hand zu weisen ist auch die Anmerkung Grunskys, a.a.O., S. 244, der den eigentlichen Zweck der Berufung auf den *ordre public* darin sieht, zu begründen zu versuchen, daß das Verfahrensrecht in den Bereich des öffentlichen Rechts gehöre, dieses aber in der Regel keine Anwendung bei ausländischen Behörden finde.

2) Blomeyer, § 1 II; Arens, Grundprinzipien, S. 1; Brauk-siepe, S. 26; Schlechtriem, S. 34; v. Craushaar, S. 21 ff.; Jauernig, § 2 V; Rosenberg-Schwab, § 6 II 1; Riezler, S. 94, S. 120; zweifelt hingegen Grunsky, a.a.O., S. 243 f.

3) Hierbei soll nur insoweit Stellung bezogen werden, als es im Rahmen der Themenstellung erforderlich ist.

heit der einzelnen Rechtspersönlichkeiten untereinander bezweckt.¹⁾ Sobald der Staat in einen Sachverhalt hoheitlich handelnd eingreift, handelt es sich demnach um öffentliches Recht im klassischen Sinne.²⁾

Die Rechtswirklichkeit zeigt jedoch vielfach ein anderes Bild. Das heutige Privatrecht sieht den Bürger mehr und mehr in seiner sozialen Verantwortlichkeit dem Gemeinwesen verbunden.³⁾ Die Verpflichtung des einzelnen gegenüber einem Gemeinwesen, das sozial- und wohlfahrtsstaatliche Aufgaben wahrnimmt, verstärkt die Einwirkungsmöglichkeit des Staates auf den privaten Bereich, so daß Raiser von einem Funktionsverlust des Privatrechts spricht.⁴⁾

Durch die Verschmelzung des staatlichen Aufgabenbereiches einerseits mit den Verantwortlichkeiten des einzelnen gegenüber dem Sozialstaat andererseits ist eine deutliche Zerteilung von öffentlichem und privatem Recht nicht mehr möglich.⁵⁾ Dies zeigt sich nicht zuletzt in der Art der Erfüllung der verschiedenen Pflichten in beiden Bereichen: Die Aufgaben des Gemeinwesens werden von unterschiedlichen Einrichtungen wahrgenommen, wobei diese sowohl öffentlich-rechtlich als auch privatrechtlich organisiert sein können. Demgegenüber darf auch die Einflußmöglichkeit privater Organisationen auf die vom Staate im Gemeininteresse vorzunehmenden Handlungen nicht unterschätzt werden.⁶⁾

2. Der Regelungsinhalt des Verfahrensrechts

Eine weitgehende Verknüpfung von öffentlichem und privatem Recht findet sich insbesondere auf dem Gebiet des Arbeitsrechts, Wirtschaftsrechts, Steuerrechts, dem Recht der

1) Raiser, S. 8.

2) Zweigert, S. 137.

3) Bucher, S. 46; Bullinger, S. 77; Raiser, S. 9; Rehbinder, JZ 1973, 151 (154).

4) S. 10.

5) Bucher, S. 46, 51; Raiser, S. 19; Bullinger, S. 78 f.

6) Bucher, S. 47; Bullinger, S. 79.

Europäischen Gemeinschaft und nicht zuletzt auch im Zivilprozeßrecht.¹⁾ Im Zivilprozeß geht es dem einzelnen darum, sein materielles Recht, das ihm durch die Rechtsordnung zugesichert wird, gegen etwaige Beeinträchtigungen durch andere Personen zu behaupten. Insoweit ist die Individualsphäre des Bürgers berührt, es handelt sich um Privatrecht.²⁾ Auf dieses private Recht nimmt der Staat jedoch wesentlichen Einfluß, da er ein ordnungspolitisches Interesse daran hat zu bestimmen, auf welche Weise der einzelne Anspruch durchgesetzt werden kann. Daher schreibt er dem Rechtsuchenden teilweise vor, wie er sich im einzelnen zu verhalten hat, um sein Ziel zu erreichen, und stellt ihm zu diesem Zweck eine eigenständige Organisation zur Verfügung, damit die Rechtsverfolgung in geeigneten Bahnen ablaufen kann. Hiermit wird zweierlei erreicht: Demjenigen, der sein privates Recht geschützt wissen will, steht ein Weg zur Verfügung, auf dem seinem Ziel entsprochen werden kann. Gleichzeitig liegt es im Interesse des Gemeinwohls, daß in jedem Falle ein unabhängiges Organ über die Einhaltung der Rechtsordnung wacht.³⁾ Während die Einflußnahme des öffentlichen Rechts auf den privaten Bereich durch eine fortschreitende sozial- und wohlfahrtsstaatliche Gesetzgebung eine zunehmende Erweiterung erfährt, zeigt sich im Bereich des Zivilprozeßrechts eine ursprüngliche Verschmelzung von privaten und öffentlichen Interessen.

Demgegenüber verfolgt der Gesetzgeber ein anderes Ziel mit der nur vermittelnden Tätigkeit der Gerichte wie z.B. bei der Nachlaßauseinandersetzung gem. §§ 86 ff. FGG, wo das Gericht den Parteien bei der gütlichen Teilung des Nachlasses behilflich sein soll. Es legt gem. § 93 FGG einen Auseinandersetzungsplan vor, in dem die widerstreitenden Interessen der Beteiligten umfassend zu berücksichtigen sind.⁴⁾ Das

1) Bullinger, S. 116.

2) s. auch Henckel, Prozeßrecht, S. 7.

3) s. auch Henckel, a.a.O.

4) s. hierzu Habscheid, S. 267 f.; Jansen, § 93 Rdnr. 2 f.

Gesetz sieht somit die Tätigkeit des Gerichtes ohne jede Möglichkeit vor, gegen den Willen der Erben zu handeln: Das Gericht übt daher keine Zwangsbefugnisse aus.¹⁾ Diese Vorschriften beabsichtigen also eine schlichtende Tätigkeit durch ein staatliches Organ zur Regelung der materiellen Privatrechte der Miterben. Überläßt der Staat den Rechtspersönlichkeiten einen Handlungsfreiraum zur Regelung ihrer privatrechtlichen Beziehungen, ohne selbst hoheitlich eingreifen zu können, wird das Gericht bei Gewährung seiner Hilfe nicht nach öffentlichem Recht im klassischen Sinne tätig.

Neben diesen beiden Gruppen mit ausgeprägtem öffentlich-rechtlichen bzw. privatrechtlichen Charakter kennt das Verfahrensrecht einen dritten Normenkomplex, dem die Betonung des einen oder anderen Interesses offensichtlich fremd ist. So bestimmt etwa § 133 ZPO, daß die Parteien Schriftsätzen und deren Anlagen, die von ihnen eingereicht werden, Abschriften in der für die Zustellung erforderlichen Zahl beifügen sollen. Diese Vorschrift, die im Inland nicht einmal zwingendes Recht ist, verändert einerseits nicht die materiellprivatrechtliche Position des einzelnen, andererseits ist ihre Bedeutung für das Allgemeininteresse zu gering, als daß ihre Beachtung auch im Falle der Auslandsberührung erforderlich wäre. Derlei Normen dienen lediglich dazu, dem Richter die notwendige Vorbereitung der Verhandlung zu erleichtern.²⁾

Nur selten lassen sich die Verschiedenen Regelungsinhalte der Verfahrensnormen so deutlich darstellen wie in diesen Beispielen. Es wurden jedoch bewußt extreme Fälle gewählt, um aufzeigen zu können, daß das Verfahrensrecht sich nicht allein auf eine Zweckverfolgung festlegen läßt. Daher ist die Begründung des lex-fori-Prinzips mit dem öffentlich-rechtlichen Charakter des Verfahrensrechts nicht gerechtfertigt.

1) Habscheid, a.a.O.

2) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 133, Anm. 2.

3. Konsequenzen

Während Einigkeit darüber besteht, daß eine fortschreitende Verschmelzung von öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Normen innerhalb der gesamten Rechtsordnung zu erkennen ist, gibt es bezüglich der daraus zu ziehenden Konsequenzen durchaus divergierende Auffassungen.

a. Schaffung eines übergreifenden Gemeinrechts

Bullinger sieht als Lösungsmöglichkeit zur Überwindung der strengen Zweiteilung allein die Schaffung eines differenzierten Gemeinrechts, das von Gesetzgebung und Rechtsprechung unter Mitwirkung der Wissenschaft zu entwickeln sei.¹⁾ Die Verwirklichung dieses Vorschlages hätte weitreichende Auswirkungen im Bereich des internationalen Privatrechts. Bullinger beklagt, daß häufig unsauberen Methoden gefolgt werden müßte, um die Berücksichtigung fremder Vorschriften zu ermöglichen, etwa indem öffentlichrechtliche Regelungen kurzerhand als privatrechtlich eingestuft würden. Es handele sich aber nicht mehr um eine Ausnahmesituation, daß die Anwendung etwa ausländischen Verwaltungsrechts vonnöten sei.²⁾

Der Verzicht auf eine Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht würde notwendigerweise die Anwendung auch ausländischen öffentlichen Rechts bedingen. Die Nichtbeachtung ausländischer öffentlichrechtlicher Vorschriften wäre folglich nur dann möglich, wenn diese gegen den inländischen ordre public verstießen.³⁾ Die lex fori hätte bei der Frage nach dem anzuwendenden Verfahrensrecht hingegen keine Bedeutung mehr.

1) S. 81.

2) S. 104.

3) Bullinger, S. 105.

b. Grundsätzliche Aufrechterhaltung der Trennlinien zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

Es ist deutlich festzustellen, daß der Mischbereich, der sowohl von privatem als auch von öffentlichem Recht ausgefüllt wird, ständig zunimmt. Über dieses Gebiet der fortschreitenden Verschmelzung hinaus bleiben jedoch die eigentlichen Grenzen erhalten und sind auch erhaltenswert; denn vom demokratischen Rechtsstaat muß erwartet werden, daß er den Rahmen individueller Entscheidungsfreiheit nicht in unerträglicher Weise zugunsten einer ständig wachsenden Verpflichtung gegenüber dem Gemeinwesen verschiebt. Die Einbettung des einzelnen in das soziale Gefüge läßt ihm nach wie vor einen nicht unerheblichen Raum eigener, vom Gemeinwohl losgelöster Handlungsfreiheit.¹⁾ Andererseits ändert sich auch im Sozialstaat nichts an der Ausübung hoheitlicher Gewalt des demokratischen Staates.²⁾ Weil diese unterschiedlichen Aspekte aber im Prinzip erhalten bleiben, ist die Forderung nach Entwicklung eines Gemeinrechts unangebracht.

Bleiben die Trennlinien von öffentlichem und privatem Recht grundsätzlich erhalten, so kann auch bezüglich der Anwendung ausländischen Verfahrensrechtes auf die unterschiedliche Zweckverfolgung der einzelnen Normen Rücksicht genommen werden.

4. Die Anwendbarkeit ausländischen öffentlichen Rechts

Wie bereits oben ausgeführt wurde, sind im Bereich des Verfahrensrechtes öffentlichrechtliche und privatrechtliche Interessen miteinander verschmolzen. Die Berücksichtigung des

1) Bucher, S. 48; Raiser, S. 21.

2) Raiser, a.a.O. Sehr anschaulich ist Raisers Vergleich des Verhältnisses von privatem zu öffentlichem Recht mit einer "Ellipse mit zwei Brennpunkten als Strahlungszentren, zwischen denen sich ein von beiden Zentren her beeinflusster Mittelbereich ergibt", S. 22.

Grundsatzes der *lex fori* ist möglicherweise erforderlich, wenn eine Verfahrensnorm als dem öffentlichen Recht zugehörig betrachtet werden müßte. In diesem Falle wäre der Beweis zu bringen, daß fremdes öffentliches Recht keine Anwendung im Inland findet. Diese Frage bedarf daher einer eingehenderen Untersuchung. Dabei soll die Erörterung im Vordergrund stehen, ob die Anwendung ausländischen Verfahrensrechts als öffentliches Recht im Inland ausgeschlossen bleiben muß. Die komplexere Problematik, inwieweit sich ein Beweis für eine Unanwendbarkeit von fremdem öffentlichem Recht schlechthin erbringen läßt, soll hier nur diskutiert werden, soweit in diesem Zusammenhang nicht darauf verzichtet werden kann.¹⁾

a. "Einseitigkeit oder Zweiseitigkeit" des öffentlichen Kollisionsrechts?

Die Anwendung des ausländischen öffentlichen Rechts stößt zum großen Teil auch heute noch auf Zurückhaltung und Skepsis.²⁾ Dabei wird die Einseitigkeit der öffentlichen Kollisionsnormen betont³⁾, d.h. es fehle an einer auf fremdes öffentliches Recht verweisenden Kollisionsnorm, weil das internationale öffentliche Recht in der Regel lediglich den Anwendungsbereich des eigenen öffentlichen Rechts bestimme.⁴⁾ Das öffentliche Recht sei immer Ausfluß eines bestimmten Staatsinteresses⁵⁾, das sich allein in der eigenen Rechtsordnung verwirkliche.⁶⁾ Das Wohl eines jeden Staates bedinge

1) Insoweit sei auf die umfangreichen Abhandlungen von Heiz und Vogel verwiesen.

2) Vgl. dazu Grunsky, a.a.O.

3) So etwa Neumeyer IV, S. 120; Vogel, S. 237; Heiz, S. 108 ff.

4) Vgl. hierzu Frank, *RabelsZ* 34 (1970), 56 (61).

5) Neumeyer IV, S. 115.

6) Batiffol, *Traité*, S. 294.

den Ausschluß des fremden öffentlichen Rechts.¹⁾ Im Rahmen der öffentlichrechtlichen Ordnung stelle der Staat gewissermaßen nur seine eigene Gewalt nach außen dar, in den öffentlichen Normen verkörpere sich die Staatsgewalt gleichsam selbst.²⁾

Dieser Theorie von der "Einseitigkeit" steht das Bestreben gegenüber, das ausländische öffentliche Recht im internationalen Bereich auch dem Inland zugänglich zu machen. Der Grundsatz der Einseitigkeit verliere zunehmend an Bedeutung, insbesondere auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts und sogar im Strafrecht bildeten sich echte zweiseitige Kollisionsnormen.³⁾ Zweigert sieht zuallererst im Mischnormbereich die Heranbildung einer dem internationalen Privatrecht entsprechenden Methode der allseitigen Kollisionsnormen.⁴⁾ In diesem Vorschriftenkomplex sei die Frage nach der sachverhalts-

1) Kegel/Seidl-Hohenveldern, a.a.O., S. 239.

2) Vogel, S. 237.

3) Zweigert, S. 129. So weist er auf die Bemühungen hin, Doppelbesteuerungen unabhängig von Staatsverträgen zu verhindern bzw. deren Nachteile zu mildern, etwa indem im Ausland gezahlte Steuern von dem im Inland zu versteuernden Betrag abgezogen würden oder die im Ausland gezahlte Steuer voll auf die inländische angerechnet würde (S. 138 f.). In der internationalen Strafrechtswissenschaft sei eine ähnliche Entwicklung zu erkennen, wenn z.B. in Verkehrsstrafsachen die Zulassung fremden Strafrechts erzwungen werde, weil es um "die angemessene Ahndung eines nach Auffassung aller Länder strafbaren Verhaltens" gehe (S. 138).

4) S. 137. Zum gleichen Ergebnis kommt Bullinger, S. 104 ff., wenn er über die Anwendung ausländischer Mischnormen nach Sachverhaltsnähe entscheiden will (105). Er gelangt jedoch auf einem anderen Weg zu dieser Feststellung, da er eine mögliche Trennbarkeit von öffentlichem Recht und Privatrecht leugnet.
Vgl. im übrigen auch bzgl. der Anwendung ausländischen Verwaltungsrechts Kopp, DVBl 1967, 469 ff.; ferner Bucher, S. 89 ff., der die Aushöhlung des Grundsatzes von der Nichtanwendbarkeit ausländischen öffentlichen Rechts gutheißt.

näheren Rechtsordnung zu stellen.¹⁾

Beide Ansichten stehen sich näher, als zunächst vermutet werden kann. Selbst die Vertreter der Nichtanwendbarkeit ausländischen öffentlichen Rechts räumen nämlich ein, daß in gewissen Rechtsgebieten u.U. Ausnahmen erforderlich seien. So weist Vogel darauf hin, daß die Entscheidung über die Anwendung fremder öffentlichrechtlicher Vorschriften nur "punktuell", also einzelbezogen erfolgen könne.²⁾ Auch Heiz erkennt die teilweise erforderliche Beachtung ausländischen öffentlichen Rechts³⁾, wenn er Bestimmungen nennt, die - weil nicht eindeutig qualifizierbar - dem Mischnormbereich zuzuordnen seien.⁴⁾ In diesem Punkte treffen sich die Autoren mit ihren Kritikern, die auf den notwendigen Verzicht der Aufgabe des Grundsatzes der Unanwendbarkeit selbst in klassischen Bereichen des öffentlichen Rechts hingewiesen haben.⁵⁾

b. Interessenbewertung

Auch für das öffentlichrechtliche Verfahrensrecht kann somit ohne eingehendere Prüfung die Maßgeblichkeit des *lex-fori*-

1) Zweigert, a.a.O. Es dürften jedoch jene fremden öffentlichrechtlichen Normen nicht angewendet werden, die als politische Kampfnormen bezeichnet werden müßten. Hierunter seien solche Vorschriften zu verstehen, die sich gerade gegen den Gerichtsstaat wendeten (z.B. Devisengesetze der Ostblockstaaten, da diese spezifische Folge eines "uns gegenpoligen Wirtschaftssystems" seien), S. 132. Demgegenüber sieht sich die These von der abschließlichen Unanwendbarkeit politischer Normen, die von Gihl, *Recueil des Cours* ..., Bd. 83, S. 167 (177), und Arminjon, *Annuaire*, S. 389, vertreten wird, umfassen der Kritik ausgesetzt; vgl. hierzu Heiz, S. 116 ff.; Schulze, S. 52 f.

2) S. 238.

3) S. 100 ff. mit weiteren Hinweisen auf entsprechende Urteile.

4) S. 101.

5) Zweigert, S. 138 f., weist nach, daß aus Gerechtigkeitsgründen Einbrüche etwa auf dem Gebiet des Straf- und Verwaltungsrechts unumgänglich sind; vgl. ferner Bucher, S. 94 f.

Grundsatzes schlechthin nicht akzeptiert werden. Das Prozeßrecht muß demnach darauf untersucht werden, inwieweit das öffentliche Interesse es erfordert, auf der Beachtung dieses Grundsatzes zu bestehen oder aber ob Gerechtigkeitserwägungen dafür ausschlaggebend sein könnten, evtl. auch ausländisches öffentliches Verfahrensrecht zur Anwendung zu bringen.

Gerade die Errichtung eines umfangreichen Gerichtssystems ist Ausfluß der Staatsgewalt selbst.¹⁾ Die Verfahrensordnung ist insgesamt Ausdruck eines grundlegenden Bedürfnisses der Allgemeinheit nach einem einwandfrei funktionierenden Staatsgebilde, das im Sinne des Gemeinwohls als unentbehrlich zu gelten hat. Dabei dokumentieren die öffentlichrechtlichen Verfahrensnormen ein besonderes ordnungspolitisches Interesse, da sie einen Verfahrensablauf auf Grund einer bestimmten staatlichen Grundauffassung von Inhalt und Aufgabe der Rechtsprechung garantieren sollen. Ein Verzicht auf diese Regelungen ließe die Gefahr aufkommen, daß der Staat sich mit einem Teil seiner selbst nicht mehr voll identifizieren könnte. Besteht aber ein unbedingtes staatliches Interesse an der Anwendung dieser Normen im inländischen Verfahren, können private Einzelinteressen, die sich auf die Berücksichtigung fremden Rechts richten, keinen Vorrang haben. Insoweit ist daher die *lex fori* maßgebend.

1) Insoweit trifft der Hinweis Vogels, S. 237, den er zur Unterstützung seiner These von der Einseitigkeit der öffentlichen Kollisionsnorm anführt, gerade bzgl. des Verfahrensrechts zu.

2. Kapitel:

Abgrenzung des anwendbaren vom nichtanwendbaren ausländischen Verfahrensrecht

Um das Gebiet näher darstellen zu können, das der lex fori vorbehalten bleibt, ist nach den bisherigen Ausführungen eine genauere Abgrenzung von öffentlicher und privater Interessenverfolgung innerhalb der einzelnen Verfahrensvorschriften erforderlich. Im internationalen Privatrecht wurden unterschiedliche Methoden entwickelt, die präzisieren sollen, in welchem Umfang das ausländische Recht berücksichtigt werden darf. Dabei gilt nur z.T. die Unterscheidung von öffentlichen und privaten Kriterien als Maßstab, während überwiegend versucht wird, Möglichkeiten zur Abgrenzung von Sach- und Verfahrensrecht aufzuzeigen, um dem Grundsatz der lex fori für das gesamte Verfahrensrecht treu bleiben zu können. Eine Analyse der einzelnen Theorien ergibt jedoch, daß sie nicht so stark voneinander differieren, wie es zunächst den Anschein hat.

I. Feststellung des anwendbaren ausländischen Verfahrensrechts

1. Lösungsvorschläge

Neuhaus ¹⁾ geht davon aus, daß nahezu alle Prozeßordnungen auf das zugehörige materielle Recht zugeschnitten seien. Um eine national gefärbte Qualifikation bei Trennungsschwierigkeiten von Sach- und Verfahrensrecht zu verhindern, schlägt er vor, auf den funktionellen Zusammenhang der Normen abzustellen. Demnach seien solche Verfahrensnormen, die mit bestimmten materiellen Rechtsinstituten verknüpft seien, als dem materiellen Recht zugehörig zu behandeln.²⁾

1) RabelsZ 20 (1955), 201 (237).

2) Neuhaus, a.a.O., S. 238.

Niederländer sieht die Gefahr, daß die materielle Rechtsposition, über die das anwendbare Sachrecht bestimme, durch das Verfahrensrecht des Prozeßortes wesentlich verändert werden könne.¹⁾ Zwar seien die Verfahrensvorschriften für die Prozeßbeteiligten ausschließlich Verhaltensnormen, während die Entwicklung der materiellen Rechtsposition sich bereits im vorprozessualen Bereich vollzogen habe. Für den Richter gebe es diese Unterscheidung jedoch nicht: Sachrechtliche und verfahrensrechtliche Normen seien für ihn gleichermaßen Beurteilungsregeln, die Maßstäbe enthielten, nach denen er seine Entscheidung zu treffen habe.²⁾ Um Ungerechtigkeiten zu vermeiden, die durch ein Aufeinandertreffen von materiellem Recht der *lex causae* und Verfahrensrecht der *lex fori* somit entstehen könnten, schlägt Niederländer vor, jene Rechtsschutznormen dem materiellen Rechtsbereich zuzuweisen, die objektiv für den Ausgang des Prozesses entscheidend sein könnten.³⁾ Hierfür bestehe ein Bedürfnis, wenn durch die Beachtung einer Verfahrensnorm das prozessuale Ergebnis notwendigerweise ein anderes sei als bei alleiniger Berücksichtigung des anwendbaren Sachrechts.⁴⁾

Ausgehend von der These, daß es überhaupt nur Verfahrensvorschriften gebe, die auf das Sachrecht ausgerichtet seien, so daß man lediglich die Enge der Sachrechtsverbundenheit näher prüfen könne, bringt Grunsky⁵⁾ ein bisher nicht erörtertes Kriterium zur Abgrenzbarkeit von materiellem Recht und Verfahrensrecht in die Diskussion. Das besondere Charakteristikum des Prozesses sei darin zu sehen, daß der zu beurteilende Sachverhalt sich bereits vollends in der Vergangenheit abgespielt habe, das Verfahren also über einen

1) RabelsZ 20 (1955), 1 (32).

2) a.a.O., S. 29 f.

3) a.a.O., S. 39 ff. (42). Von der Auswirkung einer Norm auf das materielle Recht macht auch Dölle, RabelsZ 27 (1962/63), 201 ff., den materiellrechtlichen Charakter abhängig.

4) a.a.O., S. 41.

5) ZZP 89 (1976), 241 (249).

abgeschlossenen Vorgang befinde.¹⁾ Fazit der Erörterungen Grunskys zur Anwendbarkeit der Sachnormen: Das gerichtliche Verfahren habe zur Aufgabe, über eine bereits vorhandene materiellrechtliche Situation zu urteilen; eine Veränderung dieses einmaligen Vorganges sei im Regelfall ohne Zustimmung der gegnerischen Partei nachträglich nicht mehr möglich. Die Beteiligten seien grundsätzlich in der Lage, sich im Prozeß auf das jeweilige Verfahrensrecht einzustellen, während dies im Hinblick auf das materielle Recht nicht möglich sei.²⁾

Aus diesen Feststellungen zieht Grunsky seine Schlußfolgerung bzgl. des Bereiches im Verfahrensrecht, der als *lex fori* dem ausländischen Verfahrensrecht nicht weichen dürfe. Sei es der ausländischen Partei möglich und zumutbar, ihr Vorgehen im Prozeß mit den prozessualen Vorschriften in Einklang zu bringen, so könne nicht erwartet werden, daß auf ausländische Vorschriften Rücksicht genommen werde. Treffe hingegen das inländische Verfahrensrecht Regelungen, die an "nicht mehr einseitig abänderbare Umstände anknüpfen", so verlange die enge Verbindung von Sach- und Verfahrensrecht, daß sie nur zusammen Anwendung finden könnten.³⁾

Ausgehend vom öffentlichrechtlichen Charakter der Verfahrensvorschriften nimmt v. Craushaar den Gedanken H. Müllers auf, der zwischen abstraktem und sachrechtsverbundenem Verfahrensrecht differenzieren will.⁴⁾ Diesen Gedanken weiterführend teilt v. Craushaar die sachrechtsbezogenen Verfahrensvorschriften in drei Gruppen ein: die sachrechtentsprechenden, die sachrechtergänzenden sowie die technischen Verfahrensnormen.

Auf Grund des engen Zusammenhangs von materiellem Recht und Verfahrensrecht ist es v. Craushaars Ansicht nach erforderlich, Verfahrensnormen auf bestimmte materiellrechtliche Regelungen abzustimmen. Es müßten solche Vorschriften als

1) a.a.O., S. 254.

2) a.a.O., S. 253 ff.

3) a.a.O.

4) JbIntR 5 (1955), 239 (249 ff.)

sachrechtentsprechend angesehen werden, die die "notwendige Entsprechung" der materiellen Rechtslage darstellten.¹⁾ Dieser besondere Charakter der sachrechtentsprechenden Verfahrensvorschriften verlange, daß sie nur zusammen mit dem zugehörigen Sachrecht angewendet werden könnten. Allerdings sei bei maßgeblichem ausländischen Sachrecht nicht zwangsläufig das zugehörige Verfahrensrecht anzuwenden. Vielmehr müsse das dem Sachrecht entsprechende Verfahrensrecht in der Regel auf allgemeine Prozeßgrundsätze zurückgeführt werden, die bei Auslandsberührung herangezogen werden könnten²⁾. Sei dies einmal nicht möglich, könne die Methode des "Einplassens" helfen.³⁾

Zu den sachrechtergänzenden Verfahrensnormen sollen solche Vorschriften gezählt werden können, die zusammen mit materiellen Normen inländische Sachrechtsinstitute "formen und gestalten".⁴⁾ Auch diese Normen seien derart auf das materielle Recht abgestimmt, daß sie hiervon nicht getrennt werden dürften. Stellvertretend solle wie bei den sachrechtentsprechenden Verfahrensnormen allgemeines Verfahrensrecht berücksichtigt werden, wenn ausländisches Sachrecht anzuwenden sei. Andererseits müsse aber auch das ausländische sachrechtergänzende Verfahrensrecht Berücksichtigung finden: Der hierbei zwischen beiden Rechtsordnungen u.U. auftretende Konflikt sei mittels Anpassung zu beseitigen.⁵⁾

Auch die technischen Verfahrensvorschriften sind v. Craushaar zufolge mit dem Sachrecht verknüpft und verdanken ihre Existenz "prozeßökonomischen und sozialen Erwägungen sowie Gesichtspunkten prozessualer Zweckmäßigkeit".⁶⁾ Da sie ausschließlich aus Gründen eines starken öffentlichen Interesses geschaffen worden seien, gelte bzgl. ihrer Anwendung

1) v. Craushaar, S. 33.

2) S. 44.

3) S. 45. Diese Methode ist mit dem herkömmlichen Anpassungsverfahren identisch.

4) S. 46.

5) S. 57.

6) S. 61.

ausschließlich der Grundsatz der lex fori. Allerdings sei die inländische technische Verfahrensnorm nur dann anwendbar, wenn dem ausländischen materiellen Recht die Funktion zukomme, auf die auch die inländische Verfahrensvorschrift abstelle. Andernfalls seien auch hier die Anpassungsgrundsätze zu beachten.¹⁾

2. Stellungnahme

a. Gemeinsamkeiten der Abgrenzungstheorien

V. Craushaar geht davon aus, daß das gesamte Verfahrensrecht als öffentliches Recht anzusehen sei, womit der lex-fori-Grundsatz auf breiter Ebene Geltung beanspruchen könne. Innerhalb der verfahrensrechtlichen Vorschriften unterscheidet er jedoch zwischen solchen Regelungen, die einen engen Sachrechtsbezug aufweisen, und jenen, bei denen diese sachrechtliche Bindung nicht gegeben ist. Allein die Intensität des Sachrechtsbezuges soll folglich über die Frage entscheiden, inwieweit ausländisches Verfahrensrecht zu beachten ist. Damit beginnt v. Craushaar, innerhalb des Verfahrensrechtes zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Kriterien zu differenzieren, ohne dies allerdings expressis verbis auszusprechen. Das Verfahrensrecht, das seiner Ansicht nach öffentliches Recht ist, weil es das Interesse der Allgemeinheit an einem einwandfrei funktionierenden Gerichtsapparat dokumentiere²⁾, ändert seinen Charakter, wenn es so starken Einfluß auf das materielle Privatrecht nimmt, daß es u.U. sogar ähnliche Aufgaben wahrnimmt. Denn in diesem Falle beinhaltet es besonders deutlich den Schutz privater Einzelinteressen, gibt seinen öffentlichrechtlichen Gehalt also zumindest teilweise zugunsten eines privatrechtlichen Anteils auf.

1) S. 64 f.

2) S. 22.

Grunsky stellt zwar in Frage, daß der lex-foi-Grundsatz für das gesamte Verfahrensrecht maßgeblich sei. Wie v. Craushaar versucht jedoch auch er, zwischen den einzelnen Verfahrensnormen auf Grund ihres Sachrechtsbezuges zu differenzieren. Dabei geht er von gänzlich anderen Abgrenzungskriterien aus und verlangt eine wesentlich umfangreichere Berücksichtigung des fremden Verfahrensrechts. Auch dieses Vorgehen entspricht in Teilbereichen jedoch der Methode v. Craushaars sowie dem hier gemachten Vorschlag, über die Berücksichtigung fremden Prozeßrechts mittels einer Abgrenzung von öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Merkmalen zu befinden. Nur ein scheinbarer Widerspruch ergibt sich daraus, daß Grunsky es ablehnt, sich auf den öffentlichrechtlichen Charakter von Verfahrensnormen zu berufen, um die lex fori anwenden zu können ¹⁾; denn er selbst scheidet von vornherein einige Normbereiche vom übrigen Verfahrensrecht, die er im Inland stets beachtet wissen will. Dabei macht er nicht deutlich, warum diese Normen, die die Gerichtsorganisation und die gesetzliche Zuständigkeitsbestimmung betreffen, der lex fori vorbehalten bleiben sollen. Bei näherer Betrachtung läßt sich jedoch erkennen, daß es sich hierbei um Normen handelt, die als öffentliches Recht angesehen werden müssen ²⁾, weil der Staat im allgemeinen Interesse auf ihre Anwendung nicht verzichten kann.

Auch jene Theorien, die sich nicht auf den öffentlichrechtlichen Charakter des Prozeßrechts berufen, sondern mittels eigener Kriterien zwischen Verfahrensrecht und materiellem Recht unterscheiden wollen, heben sich im Ergebnis nicht wesentlich von den bisher erörterten Standpunkten ab. So weist neben Grunsky ³⁾ auch Neuhaus ⁴⁾ darauf hin, daß sich das Prozeßrecht stets auf irgendeine Weise auf das materielle Recht beziehe. Daher sind auch Niederländer und Neuhaus dazu

1) a.a.O., S. 244.

2) Grunsky zählt hierzu etwa die Normen bzgl. der Besetzung der Gerichte (a.a.O., S. 256).

3) a.a.O., S. 249.

4) a.a.O., S. 237.

gezwungen, jene prozessualen Normen nicht dem lex-fori-Grundsatz zu unterstellen, die besonders nahe Sachrechtsbeziehungen aufweisen. Da beide Autoren jedoch streng vom Prinzip der lex fori ausgehen, ist dies nur möglich, indem die Grenzen beider Rechtsbereiche im internationalprivatrechtlichen Bereich verschoben werden und der Anwendungsreich des materiellen Rechtes erheblich ausgedehnt wird.

b. Kritik und Lösungsvorschlag

Mit der Bestimmung des anwendbaren ausländischen Rechtes nach dem funktionellen Zusammenhang macht Neuhaus deutlich, daß die Grenze zwischen nicht zu beachtendem Prozeßrecht und dem auf Grund der Kollisionsnorm zu berücksichtigenden Sachrecht nicht starr sein darf. Er weist vielmehr auf die Notwendigkeit hin, das ausländische Sachrecht müsse wegen häufiger Verknüpfungen von sach- und verfahrensrechtlichen Elementen auf Kosten der lex fori weitreichend Anwendung finden. Neuhaus macht jedoch nicht deutlich, wie diese Verbindung beschaffen sein muß, damit sie gegen das Recht der lex fori aufrechterhalten bleiben kann. Statt dessen läßt Neuhaus der Prämisse vom Abgrenzungserfordernis nach dem funktionellen Zusammenhang unmittelbar die Qualifikation der einzelnen Vorschriften folgen. Dabei nennt er jedoch nicht die Gründe, die ihn dazu bewegen, sich bei der jeweiligen Norm für bzw. gegen den lex-fori-Grundsatz zu entscheiden. Damit ist seine Methode praktisch nur bedingt verwertbar, wenn ihr auch die Überzeugung zugrunde liegt, daß die Anwendung der lex fori zugunsten einer stärkeren Berücksichtigung der beteiligten Interessen beschränkt werden müsse.

V. Craushaar nimmt auf Grund seiner Thesen eine sehr detaillierte Differenzierung innerhalb der einzelnen Verfahrensnormen vor. Dabei macht er deutlich, wie vielschichtig die Verflechtung von privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Anteilen innerhalb der einzelnen Vorschriften ist. Da er in der Regel nicht auf die lex fori verzichtet,

andererseits das ausländische sachrechtsverbundene Prozeßrecht in unterschiedlichem Umfang gleichzeitig Beachtung finden soll, stellen sich für den Richter auf Grund der notwendigen Berücksichtigung zweier Rechtsordnungen in derselben Rechtsfrage jedoch ständig Anpassungsprobleme, weil die unterschiedlichen Normzwecke miteinander in Einklang zu bringen sind.¹⁾ Wesentlich erschwert wird die richterliche Tätigkeit zusätzlich dadurch, daß die Bestimmung der einzelnen Normen als sachrechtergänzende, sachrechtentsprechende bzw. technische Verfahrensvorschriften recht kompliziert ist. Weil die praktische Anwendung dieser Methode somit nicht ohne z.T. erhebliche Schwierigkeiten möglich ist, kann sie dem Richter kaum zugemutet werden.²⁾

Um zunächst eine grobe Unterscheidung zwischen Sach- und Verfahrensrecht treffen zu können, ist die Einbeziehung eines zeitlichen Faktors hilfreich, die von Grunsky³⁾ vorgeschlagen wird: Die materielle Rechtsposition hat sich in der Regel bereits vor dem Prozeß entwickelt, da der Sachverhalt, über den das Sachrecht bestimmt, bereits beim Prozeßbeginn abgeschlossen ist. Das gerichtliche Verfahren dient dazu, den vorprozessualen Sachverhalt richtig zu würdigen und dem Rechtsuchenden zu einem durchsetzbaren Anspruch zu verhelfen, wobei die materiellrechtliche Situation in der Regel selbst keine Änderung mehr erfährt. Mit dieser Differenzierung ist in Teilbereichen des Zivilrechts die Bestimmung der Normen möglich, die sich eindeutig als zum Sachrecht gehörig erweisen und damit schlechthin nicht vom Grundsatz der lex fori beherrscht werden.

Die Abgrenzung des anwendbaren vom nichtanwendbaren fremden Recht nach zeitlichen Gesichtspunkten kann jedoch nur bedingt zum Erfolg führen; denn das Verfahrensrecht stellt häufig Anforderungen an das Verhalten von Prozeßbeteiligten

1) Zur von v. Craushaar vorgeschlagenen Anpassung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit vgl. ausführlich unten S. 98 ff.

2) Vgl. auch Schima, AcP 163 (1963), 294 (297).

3) a.a.O., S. 253 f.

und Rechtspflegeorganen oder aber verlangt die Erfüllung bestimmter persönlicher Voraussetzungen bei den Rechtsuchenden, wobei sich Auswirkungen auf die materielle Rechtslage zeigen können. Diese Beeinflussungsmöglichkeit des materiellen Rechtes durch prozessuale Vorschriften wird von Grunsky unterschätzt. Er betont zwar einerseits den engen Zusammenhang von materiellem Recht und Prozeßrecht ¹⁾, läßt diese Verbindung bei der Entwicklung seiner Thesen jedoch außer acht, wenn er die Ansicht vertritt, der Prozeß diene lediglich dazu, die materiellrechtliche Situation zu beurteilen. Kann aber noch während des Prozesses Einfluß auf das materielle Recht genommen werden, besteht das Verfahrensrecht z.T. aus denselben Elementen wie das vorprozessuale materielle Recht. Soll innerhalb des Verfahrensrechts der Bereich dargestellt werden, der wegen seiner Verflechtung mit dem Sachrecht nicht der lex fori vorbehalten bleibt, ist daher auf diese Tatsache Rücksicht zu nehmen.²⁾

Grunsky meint außerdem, einen Unterschied zwischen vorprozessualen und prozessualen Verhalten feststellen zu können, der in Wahrheit nicht besteht: Seiner Ansicht nach achten die Parteien erst im Prozeß auf die rechtlichen Folgen ihres Handelns; daher müsse als Voraussetzung für die Anwendung inländischen Verfahrensrechts verlangt werden, daß sie ihr Verhalten an diesem Recht ausrichten könnten. Es kann jedoch nicht unterstellt werden, die Parteien machten sich im vorprozessualen Bereich keine Gedanken über die rechtliche Konsequenz ihres Handelns. Abgesehen von Deliktshandlungen, die häufig auf spontanem Verhalten beruhen, ist es den Parteien selbst in Fällen der Auslandsberührung zumutbar und möglich, die Auswirkungen auf ihre materielle Rechtsposition unter Berücksichtigung einer bestimmten Rechtsordnung in die Überlegungen einzubeziehen. Daß dies tatsächlich geschieht,

1) a.a.O., S. 255.

2) Gefolgt werden muß Grunsky allerdings darin, daß die Auswirkungen des Verfahrensrechts auf das Sachrecht keinen Anlaß geben, beiderlei Normen einheitlich als materielles Recht anzusehen; denn Prozeßrecht und materielles Recht behalten trotz ihres Zusammenwirkens verschiedene Aufgaben.

zeigt besonders die häufige Vereinbarung hinsichtlich der Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung, die in erster Linie dazu dient, bereits im vornhinein Klarheit über die Folgen vorprozessualer Parteihandlungen zu erhalten. Da die Parteien somit sowohl im vorprozessualen als auch im prozessualen Stadium Rücksicht auf die rechtlichen Folgen ihres Verhaltens nehmen, können "Möglichkeit und Zumutbarkeit, sich auf eine Verfahrensvorschrift einzustellen", nicht als Maßstab für die Berücksichtigung der lex fori dienen; denn diese Kriterien müßten auch für das vorprozessuale materielle Recht gelten.¹⁾ Daß solche Gesichtspunkte aber nicht für die Beachtung reinen Sachrechtes maßgebend sein können, dürfte unstreitig sein.

Das Verlangen Grunskys, den Parteien müsse die Beachtung fremden Verfahrensrechtes möglich und zumutbar sein, vermag auch aus anderen Gründen nicht zu überzeugen: Es handelt sich hierbei um subjektive Voraussetzungen, die individuell unterschiedlich zu beurteilen sind. So kann z.B. ein Ausländer, der seit Jahren im Gerichtsstaat seinen ständigen Aufenthalt hat und dem vielleicht zusätzlich ein inländischer Prozeßbevollmächtigter zur Seite steht, sein Verhalten eher auf das hier geltende Verfahrensrecht ausrichten als jener, dessen Bindungen zu diesem Staat wesentlich lockerer sind. Bereits Grunskys Ausgangspunkt ist - wie hier deutlich wird - so unbestimmt, daß weitere Eingrenzungsversuche unbefriedigend bleiben müssen. So ist ebensowenig hinreichend feststellbar, wann das Verfahrensrecht an "einseitig nicht mehr abänderbare Umstände" ²⁾ anknüpft, um umgekehrt nachweisen zu können, daß das Verfahrensrecht nur gemeinsam mit

1) Grunsky, a.a.O., S. 254, erkennt diese Inkonsequenz offensichtlich selbst, indem er einräumt, auch im materiellrechtlichen Bereich hätten sich die Beteiligten über die Folgen ihres Handelns informieren können. Er übergeht diese Problematik jedoch mit dem Hinweis, erst im Prozeß seien sich die Parteien über die rechtliche Bedeutung ihres Verhaltens im klaren. Diese Ansicht entspricht jedoch nicht der Realität, wie soeben dargestellt wurde.

2) Grunsky, a.a.O., S. 255.

dem anzuwendenden ausländischen Sachrecht Berücksichtigung finden kann.

Wegen der Unbestimmtheit seiner Abgrenzungskriterien kann Grunsky selbst sich bei Prüfung einzelner Rechtsinstitute nicht konsequent an seine Thesen halten. So muß er sich bzgl. der Einstufung von Urteilstwirkungen auf den engen Zusammenhang mit dem geltend gemachten subjektiven Recht berufen, um die *lex causae* berücksichtigen zu können ¹⁾, während er die einzelnen Fristbestimmungen im prozessualen Bereich der *lex fori* zuweist, indem er die Zumutbarkeit ohne weitere Prüfung unterstellt, da mit ihrer Anwendung den Parteien keine Nachteile entstehen könnten.²⁾ Die weite Fassung der Abgrenzungskriterien läßt daher eine klare Entscheidung zugunsten der *lex fori* bzw. der *lex causae* nicht zu.

Befinden sich im Prozeßrecht Vorschriften, deren Zweckverfolgung in der Einflußnahme auf das materielle Privatrecht liegt, wird die materielle Rechtslage zusätzlich von dieser Norm auf Grund ihres selbständigen privatrechtlichen Anteils bestimmt. Damit haben Sach- und Verfahrensrecht im wesentlichen den gleichen Inhalt: Sie dienen der Ausgestaltung materieller Einzelinteressen. Bestimmen sowohl Sach- als auch Verfahrensrecht aber gleichermaßen über die private Rechtslage, dürfen sie auf internationaler Ebene keine getrennten Wege gehen.

Mit Niederländer ist hier jedoch die Einschränkung zu machen, daß die Auswirkungen des Prozeßrechts auf das Sachrecht objektiv, d.h. unabhängig von der Person der Beteiligten gegeben sein muß. Anderenfalls müßte der Überwiegende Teil aller Verfahrensnormen als privatrechtlich angesehen werden, weil in irgendeiner Weise eine Auswirkung auf das Sachrecht häufig zu erkennen ist. Dies gilt insbesondere für solche Vorschriften, die von den Parteien die Erfüllung

1) a.a.O., S. 258 f.

2) a.a.O., S. 257.

gewisser Handlungserfordernisse als Voraussetzung für die Durchsetzbarkeit eines materiellrechtlichen Anspruches verlangen.¹⁾ Sie nehmen keinen Einfluß auf das materielle Privatrecht, sondern üben eine ordnende Funktion bei der Rechtsverfolgung aus. Ihre privatrechtliche Wirkung hängt von den persönlichen Verhältnissen der Parteien sowie deren Verhalten ab, ist aber nicht in der Zweckverfolgung dieser Vorschriften selbst begründet.

Darüber hinaus haben auch jene Verfahrensnormen privatrechtlichen Inhalt, die nicht selbst unmittelbaren Einfluß auf das materielle Recht ausüben, sondern umgekehrt vom materiellen Privatrecht bestimmt werden. Ein solches Zusammenwirken von Sach- und Verfahrensrecht zeigt sich dann, wenn das Bestehen einer Verfahrensvoraussetzung unmittelbar von einer materiellen Rechtsposition abhängt²⁾, der einzelne ein materiellrechtliches Interesse also deshalb gerichtlich durchsetzen kann, weil er bestimmte Anforderungen des materiellen Rechtes erfüllt. Der Schutz des privaten Sachrechtes als Ziel solcher Verfahrensnormen muß Anlaß sein, sie ebenfalls als privatrechtlich einzustufen.

Die praktische Anwendung dieser Methode wird auch dem Sinn und Zweck der Kollisionsnormen gerecht. Nach einhelliger Auffassung bestimmen die Kollisionsnormen des internationalen Privatrechts darüber, welches materielle Privatrecht auf einen Sachverhalt Anwendung finden soll.³⁾ Dem Willen der Kollisionsnormen wird jedoch nur dann entsprochen, wenn

1) Niederländer, a.a.O., S. 40, nennt als Beispiele die finanzielle Sicherheitsleistung von Ausländern gem. § 110 ZPO, den Anwaltszwang in Verfahren vor dem Landgericht oder aber die Einhaltung von Fristbestimmungen. Ist eine Partei nicht in der Lage, diesen Anforderungen nachzukommen, kann der Prozeß nicht erfolgreich geführt werden, womit die mittelbare Auswirkung auf das materielle Privatrecht offensichtlich wird.

2) Vgl. hierzu die Ausführungen zur Partei- und Prozeßfähigkeit S. 80 ff.

3) Vgl. statt aller Heldrich, S. 148 m.w.N.

gleichzeitig all jene Vorschriften beachtet werden, die auf das Sachrecht einwirken; denn nimmt eine Verfahrensnorm auf das materielle Recht Einfluß, ergibt sich die materielle Rechtsposition des Rechtsuchenden erst aus der Sachnorm und der prozessualen Vorschrift zusammen. Würde statt dessen inländisches Verfahrensrecht angewendet, das nicht dieselbe Funktion ausfüllt wie das ausländische, wäre hiermit eine Verfälschung des fremden Sachrechts verbunden, und dem Rechtsanwendungsbefehl der Kollisionsnorm würde nicht mehr Folge geleistet. Da das deutsche internationale Verfahrensrecht keine Kollisionsnorm kennt, die die Berücksichtigung ausländischen Prozeßrechts schlechthin ausschließt, umfaßt die Verweisung der Kollisionsnormen neben dem materiellen Recht auch ausländische Verfahrensnormen mit privatrechtlichem Inhalt.

Die Anwendung ausländischen Verfahrensrechts auf dieser Basis läßt zudem das Bemühen überflüssig werden, mittels einer spezifischen Prozeßrechtsdefinition im internationalen Verfahrensrecht den Anwendungsbereich des ausländischen Rechtes erweitern zu können, um zu einer vertretbaren Entscheidung zu finden. Eine weite Prozeßrechtsdefinition ist zur Ermittlung des fremden Prozeßrechts ausreichend, da über den Anwendungsbereich des fremden Rechtes nicht der materiell-rechtliche bzw. verfahrensrechtliche Charakter einer Norm entscheidet, sondern eine Differenzierung innerhalb des Verfahrensrechts selbst über die Berücksichtigung entscheidet. Sach- und Verfahrensrecht werden somit nicht notwendigerweise als Gegensatz angesehen, sondern bilden hinsichtlich ihrer Anwendung dann eine Einheit, wenn sie gemeinsam den Schutz der privaten Einzelinteressen bezwecken, ihnen also z.T. der gleiche Inhalt zugrunde liegt. Abgrenzungsunsicherheiten, die sich auf Grund eines weiten Prozeßrechtsbegriffes ergeben können, werden auf Grund der notwendigen Differenzierung innerhalb des Prozeßrechts ausgeglichen. Denn der privatrechtliche Anteil, der u.U. für die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen materiellem und prozessualem Recht verantwortlich ist, wird bei der Frage nach der Anwendbarkeit der Verfahrensnorm wiederum ausreichend berücksichtigt.

Einen auch im Bereich des internationalen Prozeßrechtes anwendbaren Prozeßrechtsbegriff hat Henckel geprägt. Er umschreibt das Prozeßrecht als Inbegriff jener Normen, "die ein Verfahren von und vor Zivilrechtspflegeorganen regeln, das auf ein bestimmtes Rechtspflegeziel ausgerichtet ist."¹⁾ Diesem Prozeßrechtsbegriff mag keine besondere Aussagekraft innewohnen, soweit es in Einzelfragen um eine klare Abgrenzung vom materiellen Recht geht ²⁾, zu dem Henckel jenen Normbereich zählt, der das Verhalten der Rechtssubjekte regelt, ohne daß "ein zu einem Rechtspflegeakt berufenes Rechtspflegeorgan vermittelnd tätig wird."³⁾ Da jedoch mittels dieser Prozeßrechtsdefinition die unterschiedlichen Inhalte von Sach- und Verfahrensrecht im Grundsatz dargestellt werden können, soll ihr nachstehend gefolgt werden.

II. Das dem Prinzip der lex fori unterliegende Verfahrensrecht

1. Bestimmung des öffentlichen Verfahrensrechts

Im Gegensatz zu privatrechtlichen Verfahrensnormen stehen jene Vorschriften, die die Funktionsfähigkeit der Judikative sicherstellen wollen, damit die Rechtsverfolgung nach geordneten Gesichtspunkten vor deutschen Gerichten ermöglicht werden kann. Die Nichtbeachtung dieser öffentlichrechtlichen Normen, die Inhalt und Aufgabe der Rechtspflege regelt, verstößt daher bei ansonsten anwendbarem ausländischen Recht im inländischen Verfahren gegen das überragende Allgemeininteresse, da die der Judikative als eigenständiger

1) Henckel, Prozeßrecht, S. 7 ff.; modifizierend Konzen, S. 52. Diese weite Definition, die sich ausschließlich am Ziel des Verfahrens orientiert, erfaßt gleichzeitig jene Begriffsbestimmungen, die allein die Aufgabe des Prozeßrechts zum Inhalt haben, vgl. etwa Grunsky, Grundlagen, S. 1 ff.; Rosenberg-Schwab, § 1 V.

2) Arens, AcP 173 (1973), 250 (253); dies räumt Henckel, a.a.O., S. 22, im Übrigen selbst ein.

3) a.a.O., S. 21.

Staatsgewalt zugeordnete Funktion durch ausländische Vorschriften verändert werden könnte.

Öffentlichrechtlichen Charakter haben jene Verfahrensnormen, die die Regelung der Gerichtsorganisation zum Inhalt haben. Nur durch einen homogenen Aufbau der Gerichtszweige ist den Gerichten innerhalb der staatlichen Ordnung zufallenden Aufgabe gerecht zu werden. So bleibt z.B. allein der *lex fori* vorbehalten zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen die Zuständigkeit der Gerichte gegeben ist. Zur gerichtlichen Organisation gehören weiterhin die Regelungen bzgl. der Besetzung der Gerichte sowie die Zuweisung bestimmter Sachkomplexe an die einzelnen Gerichtszweige. Derartige Vorschriften geben dem Rechtsuchenden die Garantie, für sein Anliegen einen sachkompetenten Richter zu finden. Daher ist es unerheblich, wenn etwa das ausländische Recht die Besetzung der Gerichte im arbeitsgerichtlichen Verfahren ausschließlich mit Berufsrichtern vorsieht ¹⁾, im Gegensatz dazu der deutsche Gesetzgeber aber die Einbeziehung von mit der Praxis vertrauten Laienrichtern fordert. Ebenso ist es ohne Bedeutung, wenn das fremde Recht eine Sache als der streitigen Gerichtsbarkeit zugehörig betrachtet, während sie im Inland der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugeordnet wird. Beide Verfahrensarten erfüllen nach der Vorstellung des inländischen Gesetzgebers verschiedene Funktionen, nach denen die Beteiligten unterschiedliche Rechte und Pflichten haben und auch die Aufgabenfelder der Rechtspflegeorgane nicht identisch sind. Mit der Zuordnung der einzelnen Sachgebiete zur freiwilligen bzw. streitigen Gerichtsbarkeit hat der Staat eine Grundentscheidung zugunsten einer nach seiner eigenen Ansicht optimalen Rechtsfindung getroffen. Er kann somit eine andere Anordnung durch das fremde Recht nicht akzeptieren.

1) So auch Grunsky, a.a.O., S. 256, ohne diese Ansicht jedoch ausdrücklich auf den öffentlichrechtlichen Charakter solcher Vorschriften zu stützen.

Zum öffentlichen Recht gehören außerdem jene Prozeßnormen, die als prozeßordnend bezeichnet werden können. Der Gesetzgeber hat mit diesen Regelungen Grundsätze für einen geordneten und gerechten Verfahrensablauf geschaffen, auf deren Erfüllung im allgemeinen Interesse nicht verzichtet werden darf, womit das lex-fori-Prinzip auch in diesem Bereich des Verfahrensrechts zu beachten ist. Das notwendige Anliegen der prozeßordnenden Vorschriften ist es z.B., allen Verfahrensbeteiligten ihre Pflichten aufzuzeigen und gleichzeitig ihre Rechte zu schützen.¹⁾

Kern der Verfahrensordnung ist - trotz aller notwendig gewordenen Einschränkungen - der Grundsatz der Mündlichkeit gem. § 128 ZPO als Ausfluß des Anspruchs auf rechtliches Gehör i.S. d. Art. 103 GG.²⁾ Im engen Zusammenhang hiermit steht der Unmittelbarkeitsgrundsatz³⁾, der ebenfalls in § 128 ZPO manifestiert ist. Dem Mündlichkeitsprinzip liegt die Erkenntnis zugrunde, daß die mündliche Erörterung dem Richter die Möglichkeit gibt, durch den persönlichen Kontakt zu den Parteien stärker auf deren Anliegen einzugehen. Gleichzeitig können die Parteien ihr Begehren u.U. mündlich besser verdeutlichen als bei schriftlicher Vorbereitung.⁴⁾ Der Grundsatz der Mündlichkeit wird vom Gesetzgeber damit als bestimmender Faktor bei der Rechtsverfolgung angesehen, womit er im inländischen Verfahren nach Maßgabe der Gesetze einzuhalten ist.

-
- 1) Eine klare Abgrenzung der prozeßordnenden Vorschriften von jenen Normen, die die Gerichtsorganisation betreffen, ist nicht immer möglich. Dies gilt vor allem für den Bereich der richterlichen Tätigkeit. Der fließende Übergang beider Normgruppen kann jedoch hingenommen werden, da sie ohnehin gleich behandelt werden.
 - 2) s. Baumbach-Lauterbach-Hartmann, vor § 128, Anm. 1 A.
 - 3) Dieser Grundsatz hat zum Inhalt, daß vor dem Gericht selbst verhandelt werden muß, nicht aber vor einem Dritten oder einem anderen Gericht, die "nur das vor ihnen Geschehene übermitteln" (Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 128, Anm. 1).
 - 4) Vgl. Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., der deshalb vom "segenreichen Gedanken" des Mündlichkeitsprinzips spricht.

Eine besondere Funktion erfüllt auch das Öffentlichkeitsprinzip gem. § 169 CVG. Der Staat hat ein Interesse daran, über den Kreis der unmittelbar Beteiligten hinaus der Allgemeinheit eine Kontrollfunktion gegenüber der richterlichen Tätigkeit einzuräumen.

Die Objektivität, die der Rechtsuchende vom Gericht erwarten kann, verlangt den Ausschluß von der Ausübung des Richteramtes, wenn ein Richter aus bestimmten Gründen nicht mehr unvoreingenommen urteilen kann.¹⁾ Wird auf eine solche Ausnahmesituation keine Rücksicht genommen, ist ein Verfahren nach rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht mehr gegeben.

Darüber hinaus gibt es eine Vielzahl von Rechten und Pflichten der Beteiligten, die einer anderslautenden ausländischen Regelung nicht weichen dürfen. Eine Aufzählung kann hier nur beispielhaft erfolgen. Zu nennen sind die Pflicht, als Zeuge zur Aufklärung des Sachverhalts beizutragen (§§ 373 f. ZPO)²⁾ sowie das Recht, aus bestimmten Gründen das Zeugnis zu verweigern (§§ 383 ff. ZPO). Der inländische Rechtsstaat sieht es als staatsbürgerliche Selbstverständlichkeit an, im zumutbaren Rahmen zur Entscheidungsfindung der Gerichte beizutragen. Dabei räumt er jedoch ein, daß das Allgemeininteresse gegenüber dem Interesse des einzelnen, der bei einer Aussage in einen Konflikt geraten kann, möglicherweise zurückzutreten hat.

Eines der unverzichtbaren Parteirechte beinhaltet die Möglichkeit, bei der Beweisaufnahme anwesend zu sein, § 357 ZPO. Ein geordnetes Verfahren mit sachgerechter Entscheidungsfindung ist nur gewährleistet, wenn die Parteien auch hier ihre Rechte wahrnehmen können. Der Richter ist nicht selten auf Anhaltspunkte der Parteien angewiesen, damit er

1) s. §§ 41 ff. ZPO.

2) Unabhängig hiervon ist die Frage zu behandeln, inwieweit der Zeugenbeweis durch eine ausländische Regelung ausgeschlossen werden kann; vgl. hierzu unten S. 57 f.

präzise Fragen stellen kann, ohne deren Beantwortung eine Tatsachenaufklärung nicht möglich wird.

Die zentrale Aufgabe des Richters im Verfahren ist seine Aufklärungspflicht gem. § 139 ZPO.¹⁾ Er hat darauf hinzuwirken, daß die Parteien sachdienliche Anträge stellen und Beweismittel benennen und sich außerdem über alle rechtserheblichen Tatsachen ausführlich erklären. Schließlich muß er mit den Parteien nötigenfalls das Sach- und Streitverhältnis in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erörtern.²⁾ Die Parteien werden hierdurch davor geschützt, daß eine Nachlässigkeit in ihrem Prozeßverhalten zu ungeahnten Folgen in der Entscheidungsfindung führt.³⁾ Die Aufklärungspflicht stellt damit eine der wichtigsten prozeßordnenden Verfahrensvorschriften dar, weil für eine objektive Gerichtsentscheidung nach Überzeugung des inländischen Gesetzgebers verlangt werden muß, daß der Richter genügend Kenntnis vom Streitgegenstand für seine Entscheidungsfindung gewinnt.

2. Abgrenzung von Verfahrensvorschriften, die weder dem privat- noch dem öffentlichrechtlichen Bereich zugeordnet werden können (= "neutrale" Verfahrensvorschriften)

Es wurde bereits auf eine dritte Gruppe prozessualer Normen hingewiesen, die weder dem privatrechtlichen noch dem öffentlichrechtlichen Bereich zugeordnet werden kann.⁴⁾ Auch diese Vorschriften haben insoweit verfahrensordnenden Charakter, als sie für Übersichtlichkeit, vor allem aber für einen zügigen Verfahrensablauf sorgen. Über diesen neutralen Zweck hinaus verfolgen sie jedoch kein weiteres Ziel: Sie beabsichtigen weder, Einfluß auf das materielle Privat-

1) Diese Pflicht wird als "Magna Charta" des Zivilprozesses bezeichnet, vgl. Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 139, Anm. 1.

2) s. hierzu BGH NJW 1978, 1379.

3) Vgl. BGH LM § 272 b ZPO a.F. Nr. 10.

4) s. oben S. 14.

recht zu nehmen, noch liegen ihnen grundsätzliche rechtspolitische Erwägungen zugrunde, die sie zu unverzichtbaren Garantien der Verfahrensführung machen.

Eine Vielzahl von Fristbestimmungen dient der Planung des Verfahrensablaufs und damit der Einhaltung einer gewissen Ordnung. So schreibt das Gesetz etwa vor, welcher Zeitraum zwischen Zustellung der Ladung und dem Termin der mündlichen Verhandlung liegen soll (§ 217 ZPO), setzt eine Frist für die Einreichung der letzten Schriftsätze vor der mündlichen Verhandlung (§ 132 ZPO) oder bestimmt eine Frist für die Klageerwidernng des Beklagten im schriftlichen Vorverfahren (§ 276 ZPO). Die Fristen sind dabei so bemessen, daß das Verfahren zügig durchgeführt werden kann, andererseits aber die Interessen der Beteiligten berücksichtigt werden. Auch das ausländische Recht kann diesbzgl. eine hinreichende Interessenabwägung vorgenommen haben und dennoch andere Fristen vorschreiben. Inländisches und ausländisches Verfahrensrecht dürfen in diesem Falle durchaus als gleichwertig angesehen werden. Es verstieße nicht gegen das Überwiegende Allgemeininteresse, dem fremden Recht den Vorrang vor dem deutschen einzuräumen, wenn der Sachverhalt ohnehin der Beurteilung durch die ausländische Rechtsordnung unterliegt.

"Neutrale" Vorschriften gibt es in jedem Stadium des Verfahrens. Ob zur Antragstellung in der mündlichen Verhandlung die Bezugnahme auf die Schriftsätze ausreicht, ohne daß diese zu verlesen sind (§ 297 II ZPO), auf das Erscheinen des Zeugen im Termin unter bestimmten Umständen verzichtet werden kann (§ 377 III ZPO) oder bei der Klageerhebung die Beifügung der für Zustellung bzw. Mitteilung erforderlichen Zahl von Abschriften gewünscht wird (§ 253 V ZPO): Es handelt sich stets um Regelungen, die das Verfahren beschleunigen bzw. vereinfachen, ohne den Anspruch erheben zu wollen, als unumstößliche Prozeßvorschriften angesehen zu werden.

Der eigenständige Charakter der "neutralen" Verfahrensnormen hat möglicherweise Auswirkungen auf ihre Berücksichtigung im Falle der Auslandsberührung. Da mangels öffentlichen Interesses auf ihre Anwendung im inländischen Verfahren nicht bestanden werden muß, steht insoweit der Anwendung anderslautenden ausländischen Prozeßrechtes nichts im Wege.

Andererseits ist mangels einer objektiven Einflußnahme auf das materielle Privatrecht kein zwingender Grund zu erkennen, der die Rücksichtnahme auf entsprechende ausländische Verfahrensnormen fordert. Dem Wunsche des einzelnen, möglichst das Recht seines Heimatstaates angewendet zu wissen, steht das Bestreben des Gerichtsstaates gegenüber, einen zügigen und geordneten Prozeß zu garantieren. Dem inländischen Gerichtsapparat sind aber in erster Linie die eigenen Verfahrensvorschriften vertraut, das Handeln nach diesen Regelungen ist zur Routine geworden. Die Feststellung des ausländischen Verfahrensrechtes bedeutet hingegen zusätzliche Arbeiterschwernis, ohne daß ein besonderer Vorteil für einen Beteiligten ersichtlich ist. Mangels eines höherrangigen Einzelinteresses kann das Prinzip der *lex fori* daher auch in diesem Bereich des Verfahrensrechts Gültigkeit beanspruchen.¹⁾

1) Hier ist der Vorschlag Grunskys, a.a.O., S. 254, anwendbar, die Frage zu stellen, inwieweit es den Parteien zumutbar sei, sich auf fremdes Verfahrensrecht einzustellen. Die Zumutbarkeit ist hier offensichtlich, da keine objektive Auswirkung auf das materielle Privatrecht gegeben ist und damit kein Nachteil für den Rechtsuchenden zu erkennen ist. Sein Interesse kann daher einem höherrangigen Interesse des Gerichtsstaates weichen.

II. T E I L

DIE QUALIFIKATIONSFRAGE

I. Darstellung der allgemeinen Problematik

Obwohl die Rechtsinstitute der einzelnen Staaten in vielerlei Hinsicht übereinstimmen oder sich oft nur in Details voneinander abheben, werden selbst gleiche Vorschriften nicht immer einheitlich qualifiziert.¹⁾ Möglicherweise wird im Gerichtsstaat eine fremde Vorschrift als öffentlichrechtliche Verfahrensnorm qualifiziert, die nicht mit der eigenen Rechtsordnung in Einklang steht, während dieselbe Norm im Ausland als solche eingestuft wird, die nicht dem Grundsatz der lex fori unterliegt.

Die gleiche Schwierigkeit ergibt sich dann, wenn das anzuwendende ausländische Recht Regelungen kennt, die dem inländischen Recht unbekannt sind, diese Vorschriften aber nach Subsumtion unter die inländische Kollisionsnorm als unanwendbar betrachtet werden müssen. Es geht also um die Einordnung von Rechtsbegriffen des ausländischen Rechtes unter die Kollisionsnorm des Gerichtsstaates.²⁾

Es ist zum einen die Frage zu beantworten, welche Rechtsordnung darüber befindet, ob es sich bei der anzuwendenden fremden Vorschrift um eine öffentlichrechtliche Verfahrensnorm handelt, die mit der inländischen Rechtsordnung nicht im Einklang steht. Welche Bedeutung die öffentlichrechtlichen Verfahrensnormen für den innerstaatlichen Bereich

1) So werden z.B. die Verjährungsvorschriften in Deutschland übereinstimmend als materielles Recht behandelt, während das englische und amerikanische Recht sie als Verfahrensrecht ansehen. (Vgl. hierzu im einzelnen S. 46 ff.)

2) Vgl. Soergel-Kegel, vor Art. 7, Rdnr. 35; Booß, S. 6.

haben, wurde bereits dargestellt.¹⁾ Das inländische Kollisionsrecht bestimmt, daß die eigenen öffentlichrechtlichen Verfahrensnormen Vorrang vor den fremden genießen. Allein die lex fori kann daher darüber entscheiden, welche Tragweite die deutsche Kollisionsnorm hat und inwieweit die Berücksichtigung ausländischer öffentlichrechtlicher Verfahrensvorschriften erfolgen kann.

Ist nach deutschem Recht die fremde ausländische Norm als privatrechtliche Verfahrensnorm zu qualifizieren, während dieselbe Vorschrift im Ausland als öffentlichrechtlich betrachtet wird, stellt sich andererseits die Frage, welche Rechtsordnung zur Lösung dieser Problematik berufen ist. Hierzu wurden verschiedene Theorien entwickelt:

Die wohl auch heute noch h.M. steht auf dem Standpunkt, die Qualifikation habe nach der lex fori zu erfolgen. Weil der Gerichtsstaat darüber entscheide, wann ausländisches Recht Anwendung finde, hätten die Systembegriffe des eigenen Kollisionsrechts die gleiche Bedeutung wie das inländische materielle Recht.²⁾ Ein fremdes Gesetz dürfe nicht darüber befinden, wie eine inländische Norm auszulegen sei.³⁾

Gegenteiliger Ansicht ist die Lehre von der Qualifikation nach der lex causae.⁴⁾ Danach erfolgt die systematische Einordnung eines ausländischen Rechtsinstitutes in der Weise, wie sie auch im ausländischen Recht vorgenommen wird. Das ausländische Recht sei derjenigen inländischen Kollisionsnorm zuzuordnen, die den Systembegriff der ausländischen Norm verwende. Allerdings sei für die Einordnung nicht stets die Ansicht der ausländischen Wissenschaft bzw. die Stellung im Gesetz maßgebend, sondern es sei eine geschichtliche und

1) Vgl. hierzu oben S. 34 ff.

2) RGZ 145, 121 (128) = JW 1934, 3121 = IPRspr. 1934, Nr. 29, S. 51; BGH IPRspr. 1960/61, Nr. 23, S. 94; BGHZ 29, 139; BGHZ 47, 324; Nußbaum, S. 45 ff.; Neuhaus, Grundbegriffe, S. 123; Palandt-Heldrich, vor Art. 7, Anm. 9; Raape-Sturm, S. 277; Ferid, IPR, S. 92 f.

3) Kahn, Abhandlungen, S. 111 f.

4) Wolff, S. 54 ff.; Süß, JW 1937, 1976.

wissenschaftliche Analyse des ausländischen Rechts "nach den Methoden der eigenen Wissenschaft" erforderlich.¹⁾

Rabel nimmt Abstand von der Fixierung auf die Qualifikation entweder durch die *lex fori* oder die *lex causae* und empfiehlt, den Systembegriff der Kollisionsnorm durch Rechtsvergleichung zu ermitteln.²⁾ Zwar orientierten sich die Kollisionsnormen am Sprachgebrauch des inländischen Rechts, bezögen sich aber ausschließlich auf Gemeinsamkeiten aller Rechtsercheinungen.³⁾ Diese gemeinsamen Kriterien seien mittels Rechtsvergleichung zu erforschen und den Kollisionsnormen unterzuordnen.⁴⁾

Auch Kegel verfolgt eine autonome Qualifikationsmethode, die sich jedoch in Details von Rabels Theorie abhebt. Das internationale Privatrecht strebe die Gewährung größtmöglicher Gerechtigkeit an, indem die Kollisionsnormen auf das materielle Recht verwiesen, das für den Sachverhalt am geeignetsten erscheine.⁵⁾ Eine Kollisionsnorm sei daher daraufhin zu untersuchen, welche Interessenbewertung ihr zugrunde liege. Dabei müßten die Interessen der Beteiligten, der Allgemeinheit sowie Ordnungsinteressen gegeneinander abgewogen werden. Im Anschluß an diese Interessenermittlung sei die anwendbare Sachnorm der jeweiligen Kollisionsnorm zuzuordnen.⁶⁾ Dieses Vorgehen könne u.U. zur Bildung einer neuen Kollisionsnorm zwingen.⁷⁾

Jeder Staat kann für sich in Anspruch nehmen, daß er allein zu entscheiden hat, welches Recht von seinen Gerichten anzu-

1) Wolff, S. 56 f.

2) RabelsZ 5 (1931), S. 282; ihm folgend Zweigert, Festschr. f. Raape, S. 42 ff., und Dölle, RabelsZ 16 (1951) 368 f.

3) a.a.O., S. 157.

4) a.a.O., S. 267 f.

5) IPR, S. 142; ders., Qualifikation u. Renvoi, S. 32 f.

6) IPR, S. 143 ff.; Qualifikation und Renvoi, S. 33; Soergel-Kegel, vor Art. 7, Rdnr. 39.

7) Soergel-Kegel, a.a.O.

wenden ist. Diese Tatsache spricht jedoch nicht allein bereits für die *lex-foi*-Theorie. Verweist nämlich eine Kollisionsnorm auf fremdes Sachrecht, weil dies als geeigneter erscheint als das inländische, über den Sachverhalt zu befinden, so wird der Gehalt des ausländischen materiellen Rechts geradezu pervertiert, wenn es keinerlei Einfluß auf die Systembegriffe der Kollisionsnormen nehmen kann. Letztlich wird dem ausländischen Recht ein Teil seines Inhalts genommen, weil auf seine Systembedeutung in seiner eigenen Rechtsordnung wenig Rücksicht genommen wird. Auf diese Weise werden die Interessen der Beteiligten mißachtet, die gerade von der Anwendung des sachverhaltsnäheren Rechtes profitieren sollen.¹⁾ Dies wird besonders deutlich bei jenen Vorschriften, die im Inland unbekannt sind. Derlei Normen können nicht einerseits auf ihre Stellung und spezifische Bedeutung im fremden Recht hin untersucht werden, wenn gleichzeitig andererseits die fiktive Einordnung unter eine deutsche Kollisionsnorm maßgeblich sein soll.²⁾

Die notwendige Rücksichtnahme auf die Einordnung der Rechtsbegriffe im ausländischen Recht erfüllt die *lex-causae*-Theorie. Dies geschieht jedoch auf Kosten der inländischen Kollisionsnorm, die völlig außer Betracht bleiben soll. Hiermit ist eine ungerechtfertigte Überbewertung des ausländischen Rechtes verbunden, weil dem inländischen Recht einseitig ausländische Rechtsbegriffe aufgezwungen werden, obwohl die eigene Kollisionsnorm über die Anwendung fremden Rechts bestimmt. Wird die rechtliche Einordnung der Systembegriffe der *lex causae* eingeräumt, so kommt der *lex fori* grundsätzlich das gleiche Recht zu. Die *lex-causae*-Theorie bereitet außerdem praktische Schwierigkeiten, wenn nicht nur eine Rechtsordnung auf einen Sachverhalt Anwendung findet. In diesem Fall entstehen Normwidersprüche, die den Richter zur

1) Gamillscheg, Festschr. f. Michaelis, S. 79 (81).

2) Soergel-Kegel, a.a.O., Rdnr. 36; Gamillscheg, a.a.O.

sicht auf die systematische Einordnung im inländischen materiellen Recht zu nehmen, da eine Interessenbewertung nach internationalprivatrechtlichen Aspekten erfolgen muß. Es besteht grundsätzlich die Möglichkeit, den Kollisionsnormen ausländisches Recht zuzuordnen, das dem deutschen Recht unbekannt ist bzw. vom inländischen Recht kraß abweicht. Ist eine wesentliche Übereinstimmung der Zweckverfolgung in den Kernbereichen festzustellen, so können sach- und zugehöriges privatrechtliches Verfahrensrecht der entsprechenden Kollisionsnorm zugeordnet werden.¹⁾

II. Problematik der Teilrückverweisung am Beispiel der Verjährung

Einer eindeutigen Qualifikation der Verjährung stehen heute im Inland keinerlei Schwierigkeiten mehr entgegen. Die Verjährung wird zwar regelmäßig im Prozeß vorgetragen, so daß die Vermutung naheliegen könnte, die Herrschaft der lex fori als die das Verfahren bestimmende Rechtsordnung zu verlangen²⁾; dennoch handelt es sich nicht um solche Normen, die im Sinne der Prozeßrechtsdefinition dazu beitragen, ein Verfahren von und vor Zivilrechtspflegeorganen zu regeln.³⁾ Der eigentliche Inhalt der Verjährungsvorschriften liegt vielmehr darin, das Bestehen eines Anspruches von einem Zeitfaktor abhängig zu machen, ohne daß es auf die Beteiligung von Rechtspflegeorganen ankommt. Wird eine bestimmte zeitliche Grenze überschritten, ist die geltend gemachte

1) Ähnlich Soergel-Kegel, a.a.O., Rdnr. 40; Kegel, a.a.O., S. 145, der auf die wesentliche Übereinstimmung des ausländischen Sachrechts mit dem inländischen abstellt. Diese Prüfung ist jedoch bei völlig unterschiedlichem Sachrecht sehr schwierig. Daher will Kegel diese Vorgehensweise auch nur als Faustregel verstanden wissen. Da außerdem die Norm des IPR sich nicht notwendigerweise auf das eigene Sachrecht beziehen muß, sollte in erster Linie die Interpretation der Kollisionsnorm ausschlaggebend sein.

2) Vgl. Kegel, Qualifikation u. Renvoi, S. 13.

3) s. zu dieser Definition oben S. 34.

Forderung wertlos, da ein unüberwindliches Hemmnis für den Anspruchsteller eingetreten ist. Die Verjährungsvorschriften sind demnach Sachrechtsregelungen und damit demselben Recht zu entnehmen, dem auch der Anspruch unterliegt.¹⁾ Zu diesem materiellen Verjährungsrecht gehören auch die Regelungen bzgl. Hemmung und Unterbrechung der Verjährung, weil sie bei Vorliegen bestimmter Umstände den Kläger schützen und damit ebenfalls Einfluß auf das Sachrecht nehmen.²⁾

Durch die materiellrechtliche Qualifikation der Verjährung im Inland ergibt sich ein "Paradefall des sog. Qualifikationsproblems"³⁾, wenn der deutsche Richter vor der Frage steht, Verjährungsvorschriften bei ausländischer Rechtsanwendung beachten zu müssen, das fremde Recht diese jedoch als verfahrensrechtlich qualifiziert. Als verfahrensrechtlich i.S. einer "Klageverjährung" wird die Verjährung in den USA sowie in England betrachtet.⁴⁾ Bezogen auf die oben gewählte Definition⁵⁾ müßten die Verjährungsregelungen im englischen und amerikanischen Recht folglich als prozeßordnende Verfahrensnormen angesehen werden, da sie die Rechtsverfolgung vor den staatlichen Gerichten abschneiden. Dieser

1) Dies ist heute im deutschen Recht unbestritten. Statt aller Ferid, IPR, S. 138; Heldrich, S. 149; Kegel, a.a.O.; Niederländer, a.a.O., S. 51; Müller-Freienfels, Festschr. f. Zepos II, S. 491 (492) m.w.N.; Riezler, S. 105; Soergel-Kegel, vor Art. 7, Rdnr. 213 m.w.N. Das gleiche gilt im Übrigen für die Aufrechnung, vgl. Kegel, IPR, S. 323.

2) Kegel, a.a.O.; Soergel-Kegel, a.a.O., Rdnr. 214.

3) So Kegel, a.a.O., S. 31. Große Resonanz erfuhr die Entscheidung des Reichsgerichts im "Tennessee-Wechsel-Fall" (RGZ 7, 21), wo über die Verjährung eines Wechsels zu urteilen war. Auf Grund der ausschließlichen Anwendbarkeit ausländischen materiellen Rechts hielt das Reichsgericht die amerikanischen Verjährungsbestimmungen als prozessuales Recht nicht für anwendbar, meinte aber gleichzeitig, inländisches materielles Verjährungsrecht wegen der Verweisung auf ausländisches Recht ebenfalls nicht berücksichtigen zu dürfen. Die Folge war die Unverjährbarkeit des Wechselanspruchs. Ferid, IPR, S. 90, bezeichnet diese Entscheidung deshalb als "unsterbliche Blamage" des Reichsgerichts.

4) Einen geschichtlichen Überblick zu dieser Auffassung gibt Edler, ReberlsZ 40 (1976), 43 (44 ff.).

5) Vgl. S. 36.

öffentlich-rechtliche Charakter der fremden Verjährungsvorschriften ist möglicherweise bei Verweisung auf das ausländische Recht zu beachten.

Obwohl alle Qualifikationstheorien im Falle der Wechselverjährung trotz der verfahrensrechtlichen Einstufung im englisch-amerikanischen Recht zu dem Ergebnis gelangen, die fremde Verjährungsregelung zu beachten, besteht in den weiteren Schlußfolgerungen unvermutet große Uneinigkeit. Der BGH hat sich fest an den Grundsatz gehalten, daß die Verjährung dem Recht des Anspruchs aus dem Schuldverhältnis unterliegt. Dabei lehnt er strikt ab, dem fremden Recht einen renvoi zu entnehmen, da hierdurch dieser Grundsatz wieder außer Kraft gesetzt würde.¹⁾ Demgegenüber widerspricht Müller-Freienfels der Ansicht, Forderung und Verjährung seien untrennbar miteinander verbunden. Der Gesetzgeber gehe von dieser festen Regelung nicht aus, da gem. Artt. 12 u. 21 EGBGB immer deutsches Verjährungsrecht maßgeblich sei.²⁾ Aus diesen Gründen sei eine kollisionsrechtliche Regelung des ausländischen Rechts zu beachten. Im weiteren Verlauf der Argumentation räumt er ein, daß das englische Recht stets nur eigenes Verjährungsrecht anwende, also auch nicht die Frage nach dem Bestehen einer Kollisionsregel zu stellen brauche. Infolgedessen könne nur eine hypothetische Antwort gegeben werden.³⁾ Wenn eine Rechtsordnung die Verjährung aber als prozessual betrachte, könne von der Erwartung gegenüber der ausländischen Rechtsordnung ausgegangen werden, daß sie die Verjährungsbestimmungen ebenfalls der lex fori entnehme. Das englische Prozeßrecht enthalte somit einen renvoi, der für den deutschen Richter verbindlich sei.⁴⁾

1) BGH NJW 1960, 1722 = IPRspr. 1960/61, Nr. 23, S. 94 (95 f.). Die Rspr. ist hier jedoch nicht einheitlich. Das LG Hamburg behandelt die Verjährung bei amerikanischem Schuldstatut nach der lex fori, da für das amerikanische Recht die lex fori maßgebend sei, IPRspr. 1964/65, Nr. 64, 209 (210).

2) Müller-Freienfels, a.a.O., S. 504.

3) a.a.O., S. 520; ebenso Kegel, a.a.O., S. 40 f., für das amerikanische Recht; Kegel, IPR, S. 176 f.

4) So auch Kegel, a.a.O., S. 39 ff., für das amerikanische Recht.

Bereits Nußbaum lehnt eine Rückverweisung des englischen und amerikanischen Rechtes entschieden ab.¹⁾ Nur weil diese Staaten die Verjährung als Verfahrensrecht betrachteten, könne nicht von einer Verweisung auf das Prozeßrecht eines anderen Landes gesprochen werden, wenn dessen Richter sich mit der gleichen Frage auseinanderzusetzen hätten.²⁾

Richtet man sein Augenmerk zunächst auf die Folgen, die sich aus der hypothetischen Rückverweisung ergeben, so fällt auf, daß die Verbundenheit der Verjährungsvorschriften mit der Forderung ohne einsichtigen Grund wieder aufgebrochen wird. Der deutsche Richter würde mithin gezwungen, fremdes materielles mit eigenem Sachrecht zu verbinden, obwohl das eigene Recht ihm auf Grund der Verknüpfung beider Vorschriften eigentlich abverlangt, sie derselben Rechtsordnung zu unterstellen.³⁾ Artt. 12 u. 21 EGBGB sind kein Beweis für eine nicht konsequent verfolgte Berücksichtigung der Sachrechtsbezogenheit von Verjährungsvorschriften seitens des Gesetzgebers. Hierbei handelt es sich um Ausnahmenvorschriften, die allgemein anspruchsbeschränkend wirken können, weil die eigene Rechtsordnung eine Verweisung auf fremdes Recht nur bedingt zulassen will. Mittelbar können die Verjährungsvorschriften hierbei durchaus eine Rolle spielen. Hierdurch ändert sich jedoch nichts an der grundsätzlichen Einstellung der Rechtsordnung zur Zusammengehörigkeit von Verjährungs- und Forderungsrecht.

Weitere Beachtung verdient außerdem die Begründung für die hypothetische Rückverweisung des englisch-amerikanischen Rechtes. Es bleibt recht undurchsichtig, warum die Kollisionsrechte dieser Staaten den deutschen Richter dazu verpflichten sollen, sich bzgl. der Verjährungsvorschriften an den inländischen Regelungen zu orientieren. Die Anwendung des eigenen Verjährungsrechts in England und Amerika beruht auf dessen verfahrensrechtlicher Einstufung. Sie resultiert

1) S. 236, Fußn. 7.

2) S. 385 f.

3) Müller-Freienfels, a.a.O., S. 503 f., geht auf diesen Gesichtspunkt nicht genügend ein. Vor allem macht er nicht deutlich, aus welchem Grunde die enge Verbundenheit von Verjährungs- und Forderungsrecht gelöst werden soll.

also nicht aus einer Kollisionsnorm bzgl. der Berücksichtigung von Verjährungsvorschriften, sondern ist Ausfluß des lex-foi-Prinzips. Dem englisch-amerikanischen Recht kann daher nur der Grundsatz der ausschließlichen Maßgeblichkeit eigenen Verfahrensrechts entnommen werden, womit keinerlei Aussage über die Geltung dieses Rechts im Ausland gemacht worden ist. Würde im Falle der Verjährung eine versteckte Rückverweisung bejaht, so wäre der Richter letztlich wiederum an die Qualifikation nach ausländischem Recht gebunden; denn die Rückverweisung gilt gerade nur für Fälle der unterschiedlichen Qualifikation in beiden Staaten, wobei die materiellrechtliche Beurteilung im Inland ohne Bedeutung bleiben würde. Das ausländische Recht würde damit dem inländischen Staat die Möglichkeit nehmen, über die Anwendung der fremden Vorschriften zu entscheiden.

An dieser Einschätzung ändert auch der Vergleich mit der versteckten Rückverweisung in Ehescheidungs- und Adoptions-sachen nichts.¹⁾ Hierbei handelt es sich um eine Kollisionsregel, mittels derer durch die Zuständigkeitsregelung auf die Anwendung eigenen Rechtes verwiesen wird.²⁾ Der Verzicht auf die Zuständigkeit beinhaltet eine bewußte Nichtanwendung des eigenen Rechtes. Hier ist der Wille des fremden Staates erkennbar, keine Entscheidung nach seiner Rechtsordnung herbeiführen zu wollen.

Weder im englischen noch im amerikanischen Recht ist also ein hypothetischer renvoi zu erkennen. Das heißt, daß der deutsche Richter den Willen der eigenen Rechtsordnung zu beachten hat, die das ausländische Recht anzuwenden wünscht. Der BGH entscheidet folglich richtig, wenn er das amerikanische Verjährungsrecht zusammen mit dem amerikanischen Forderungsrecht anwendet. Auf das deutsche Verjährungsrecht ist auf Grund des Rechtsanwendungsbefehls der inländischen Kollisionsnorm keinerlei Rücksicht zu nehmen.

1) So aber Müller-Freienfels, a.a.O., S. 530; Neuhaus, Grundbegriffe, 1. Aufl., S. 192, teilt diese Ansicht zunächst, gibt sie jedoch in der 2. Aufl., S. 284, auf.

2) Kegel, IPR, S. 176.

III. T E I L

DIE ANWENDUNG INLÄNDISCHEN UND AUSLÄNDISCHEN VERFAHRENSRECHTS IN DER STREITIGEN GERICHTSBARKEIT

I. Die Prorogation

Die Einordnung der Prorogation im internationalen Rechtsverkehr bereitet Schwierigkeiten. Diese Unsicherheit wird dadurch erzeugt, daß durch die Gerichtsstandsvereinbarung, die das Einverständnis der Parteien darüber beinhaltet, wo der Prozeß stattfinden soll, von vornherein eine Entscheidung über die Anwendung des Verfahrensrechtes getroffen wird. Die Abmachung selbst erfolgt aber meistens im Rahmen eines materiellrechtlichen Vertrages. Die Prorogation bestimmt sich also nach den herkömmlichen materiellrechtlichen Vorschriften, da das Prozeßrecht keine gesonderten Normen für eine Vereinbarung eines Gerichtsstandes zur Verfügung stellt.

Der BGH definiert in seiner Entscheidung vom 24.2.1968 die Prozeßhandlung als Handlung von Partei oder Gericht, "die zur Begründung, Führung und Erledigung des Rechtsstreits dienen und durch prozeßrechtliche Vorschriften geregelt sind".¹⁾ Eine vor Klageerhebung erfolgte Gerichtsstandsvereinbarung gestalte den Prozeß aber nicht unmittelbar. Die Parteien, die die Prorogation innerhalb eines normalen Vertrages vereinbarten, dächten meistens überhaupt nicht an einen Prozeß, so daß die Frage der Wirksamkeit ihres Zustandekommens sachrechtlich zu beurteilen sei und damit inter-

1) BGHZ 49, 384 (386).

nationalprivatrechtliche Grundsätze zu befolgen seien.¹⁾

In einer weiteren Entscheidung vom 17.5.1972 präzisiert der BGH diese Ausführungen. Es handele sich bei der Gerichtsstandsvereinbarung um einen Vertrag über prozeßrechtliche Beziehungen. Zulässigkeit und Wirkungen seien daher ausschließlich dem Prozeßrecht unterworfen, mithin sei die lex fori maßgebend.²⁾ Das deutsche Prozeßrecht kenne jedoch keine Vertragsregelungen. Somit fänden bei Fällen ohne Auslandsberührung die Vorschriften des BGB Anwendung, so daß das Zustandekommen der Prorogation u.U. durchaus nach der lex causae zu beurteilen sei, wenn für die rechtliche Betrachtung des Gesamtvertrages das ausländische Recht heranzuziehen sei.³⁾

Die Argumentation der Rechtsprechung wird teilweise auch von der Literatur getragen⁴⁾, dabei in einzelnen Punkten jedoch für verbesserungswürdig gehalten. So wird etwa geltend gemacht, das Zustandekommen des Vertrages hänge auch von Formvorschriften ab. Diese seien aber Teil des allgemeinen bürgerlichen Rechtes, gehörten also zum materiellrechtlichen Bereich.⁵⁾

Noch weiter in der sachrechtlichen Beurteilung der Vereinbarung geht v. Hoffmann.⁶⁾ Dem Staat stehe es zu, durch Gesetze zu regeln, ob er eine Prorogation zulassen wolle. Über-

1) a.a.O., S. 386 f. Diese Argumentation wird im wesentlichen in der Entscheidung des BGH vom 15.4.1970, AWD 1970, 323, wiederholt.

2) BGHZ 59, 23 (26) = NJW 1972, 1004 = AWD 1972, 764.

3) BGH a.a.O., S. 27. Das LG Hamburg, AWD/RIW 1975, 290, setzt diese Rechtsprechung fort, indem es die Unterscheidung von Zulässigkeit und Wirkungen der Gerichtsstandsvereinbarung einerseits sowie ihr Zustandekommen andererseits betont und letzteres dem Sachstatut unterwirft.

4) Vgl. v. Hoffmanns Anm. zu BGHZ 59, 23, in AWD 1972, 416, u. Trinkner, 88 1972, 766; außerdem Baumgärtel, S. 226 f.; Soergel-Kögel, vor Art. 7, Rdnr. 380.

5) So v. Hoffmann, a.a.O.; Trinkner, a.a.O.; v. Westphalen, AWD 1972, 593 (598), ebenfalls in Anm. zu BGHZ 59, 23; aber auch LG Hamburg, a.a.O.

6) a.a.O.

lasse er es jedoch allein den Parteien, darüber zu entscheiden, welches Gericht international zuständig sein solle, so habe der Staat diesbezgl. das öffentliche Interesse verneint. In diesem Falle unterliege die Beurteilung der Prorogation dem internationalen Privatrecht, das Verfahrensrecht spiele keine Rolle mehr.

Die h.M. in der Literatur folgt nur bzgl. der Zulässigkeit sowie der Wirkungen der Gerichtsstandsvereinbarungen weitgehend der Ansicht der Rechtsprechung.¹⁾ Es müsse in erster Linie das Ziel der Vereinbarung berücksichtigt werden, das in der Erreichung eines prozessualen Erfolges zu sehen sei.²⁾ Daher unterliege die Prorogation in erster Linie dem prozessualen Recht, das auch die Grenzen des Vertrages festlege. Hierbei sei es unbedeutend und selbstverständlich zulässig, das Zustandekommen des Vertrages selbst an bürgerlichrechtlichen Vorschriften zu messen. An der Bewertung des Vertrages nach der *lex fori* insgesamt ändere sich dadurch jedoch nichts.³⁾

Die Unsicherheit, die Prorogation auf Grund einer sauberen Prüfung der einzelnen Gesichtspunkte zweifelsfrei einzuordnen, ergibt sich daraus, daß sie sich aus unterschiedlichen Elementen zusammensetzt. Zunächst besteht Ungewißheit darüber, inwieweit über die Zuständigkeit der staatlichen Ge-

1) Lorenz, Anm. zu BAGAP § 38 ZPO, Nr. 4, Intern. Zust.; Riezler, S. 296 u. S. 307; Rosenberg-Schwab, § 37 I 1; Stein-Jonas-Pohle, § 38, Anm. I 3; wohl auch Geimer, NJW 1972, 1622; unverständlich ist die Ansicht Geimers, der ebenfalls dafür eintritt, die Vereinbarung insgesamt nach prozessualen Recht zu behandeln. Dennoch möchte er die *lex fori* umgehen, und zwar durch eine "Weiterentwicklung des deutschen internationalen Zivilprozessrechts". So soll etwa eine Prorogation auch unter Kaufleuten nicht wirksam zustande kommen, wenn nach dem Recht des Aufenthaltsstaates das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben rechtlich irrelevant ist. Eine "Weiterentwicklung" über diesen Einzelfall hinaus würde aber nichts weiter bedeuten, als den materiellrechtlichen Inhalt des Zustandekommens der Vereinbarung auf anderem Wege wiederum zu berücksichtigen. Damit würde sich Geimer kaum noch von der "materiellen Theorie" abheben.

2) Lorenz, a.a.O.; Stein-Jonas-Pohle, a.a.O.

3) Lorenz, a.a.O.; Stein-Jonas-Pohle, a.a.O.

richte insoweit verfügt werden kann, als sie dem einen Staate ab-, dem anderen aber allein zugesprochen wird. Der Inhalt der Vereinbarung selbst bildet den zweiten Gesichtspunkt der Prorogation; er kann - wie bereits oben betont - nur aus den vertraglichen Grundsätzen des materiellen Rechtes abgeleitet werden. Schließlich kommt der Vereinbarung die beabsichtigte Wirkung zu, die in Begründung und Verlust der gerichtlichen Zuständigkeit gesehen werden muß.¹⁾ Die Prorogation hat erkennbar den Inhalt eines Prozeßvertrages, der z.T. von den Grundsätzen des materiellen Rechts bestimmt wird.²⁾ Keine andere Definition würde die verschiedenen Bestandteile der Gerichtsstandsvereinbarung deutlicher machen.

Die Regelung der Zuständigkeit der Gerichte berührt grundlegende Interessen eines jeden Staates. Es liegt im besonderen öffentlichen Interesse, darüber zu entscheiden, ob und bejahendenfalls, unter welchen Umständen von Privatleuten die Zuständigkeit des Gerichts begründet werden kann bzw. inwieweit es zulässig ist, einem Staat die Ausübung der Zuständigkeit seiner Gerichte abzusprechen. Hat der Staat sich dahingehend entschieden, die Bestimmung hierüber dem einzelnen zu überlassen, so erfolgte dieser Regelungsverzicht im Allgemeininteresse. Damit wird jedoch das öffentliche Interesse an der Gerichtsstandsvereinbarung nicht an sich verneint, sondern lediglich in bestimmte Bahnen gelenkt, indem die Prorogation weitgehend den Parteien überlassen bleibt.³⁾ Die Zulässigkeit berührt insgesamt den staatlichen Hoheitsanspruch; folglich ist die lex fori maßgebend.

Mit der Entscheidung über die Zulässigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung ist gleichzeitig eine konkrete Aussage über ihre Wirkung verbunden. Begründung oder Verlust der

1) Baumgärtel, S. 221.

2) Rosenberg-Schwab, § 37 I.

3) Aus diesem Grunde ist die Ansicht v. Hoffmanns, a.a.O., S. 416, abzulehnen, der mit der Zulässigkeit der Parteidisposition ein bestehendes öffentliches Interesse nicht mehr anerkennt, sondern nur noch ein privates Einzelinteresse feststellt und bereits die Zulässigkeit als materiellrechtlich einstuft.

internationalen Zuständigkeit sind als Folge der Prorogationsvereinbarung ohne deren Zulässigkeit nicht möglich. Da Zulässigkeit und Wirkung gemeinsam die Voraussetzung für eine auf ein Rechtspflegeziel ausgerichtete Tätigkeit von Rechtspflegeorganen bilden und damit nicht voneinander zu trennen sind, berühren sie als öffentlichrechtliche Verfahrensnormen die Interessensphäre des Staates, so daß für beide gleichermaßen die *lex fori* gilt.

Zwischen Zulässigkeit und Wirkung der Prorogation steht das Zustandekommen der Vereinbarung selbst. Für die Parteien ist es auf Grund des Mangels an geeigneten Prozeßvorschriften unumgänglich, die allgemeinen Vertragsgrundsätze des materiellen Rechts zu befolgen. Diese materiellrechtlichen Regelungen genügen den Ansprüchen der Gerichtsstandsvereinbarung auch völlig, damit wäre eine spezielle Rechtsschöpfung des Prozeßrechts überflüssig. Im internationalprivatrechtlichen Bereich ergibt sich hieraus aber erst die eigentliche Schwierigkeit; betrachtet man das Zustandekommen der Vereinbarung unabhängig von den übrigen Umständen, so handelt es sich fraglos um materielles Recht, das den Regelungen des internationalen Privatrechts unterliegen müßte.

Die Aufsplitterung der Prorogation in drei Teilbereiche darf jedoch nur dazu dienen, die Problematik verständlich zu machen. Zumindest im internationalen Bereich kann die Gerichtsstandsvereinbarung nur einer Gesamtbetrachtung unterzogen werden. Den Parteien kommt es nur darauf an, durch den Vertrag die von ihnen beabsichtigte Wirkung zu erzielen, nämlich die Begründung der internationalen Zuständigkeit eines Gerichts.¹⁾ Somit hat letztlich das Abkommen der Parteien ausschließliche Wirkung im prozessualen Bereich.²⁾ Der Ab-

1) Der Vereinbarung kommt nicht die Bedeutung zu, die Soergel-Kegel, vor Art. 7, Rdnr. 380, ihr zumißt, wenn er sie mit Verzicht, Unklagbarkeitsabrede, Verjährung, Aufrechnung etc. gleichsetzt. Dabei handelt es sich um Gesichtspunkte, die die Durchsetzbarkeit des Anspruchs beeinflussen, während bei der Gerichtsstandsvereinbarung lediglich darüber Einigung erzielt wird, bei welchem Gericht die Rechtsverfolgung zu betreiben ist, womit zunächst nichts über die Durchsetzbarkeit selbst gesagt wird.

2) So auch Stein-Jonas-Pohle, a.a.O., und Lorenz, a.a.O.

schluß des materiellrechtlichen Vertrages ist für die Parteien nur notwendiges Mittel zum Zweck. Es hat keine selbständige Bedeutung im Rahmen der eigentlichen Zweckverfolgung. Wenn der Staat die Prorogation durch die Parteien zuläßt, so muß ihm auch zugestanden werden, die Umstände zu bestimmen, unter denen sie zustande kommen soll. Dabei ist ohne Belang, daß sich die Vertragsregelungen im inländischen materiellen Recht finden und keine eigenständigen Vorschriften im Prozeßrecht zur Verfügung stehen. Dieser geringe Unterschied kann nicht über Anwendung oder Nichtanwendung des inländischen Rechtes entscheiden. Aus diesem Grunde ist der Prozeßrechtsverbundenheit Rechnung zu tragen, so daß die Vorschriften über die Gerichtsstandsvereinbarung insgesamt als öffentliches Prozeßrecht zu behandeln sind. Nur die *lex fori* kann also maßgebend für die komplexe Beurteilung der Prorogation sein.

Die Folge dieser rein öffentlichrechtlichen Bewertung auch des Zustandekommens der Gerichtsstandsvereinbarung ist, daß der Streit, ob Formerfordernisse materiellen oder prozessualen Charakter haben ¹⁾, bei Prüfung der inländischen Gerichtszuständigkeit ohne Bedeutung ist. Da das inländische Recht hinsichtlich der Prorogation keine Formvorschriften kennt, ist eine solche Vereinbarung stets formfrei.

Andererseits kann das deutsche Recht durchaus dann erschwerend auf die Prorogation einwirken, wenn diese in einen Vertrag eingebettet ist, der von allgemeinen Geschäftsbedingungen mitbestimmt wird. Ausländisches Recht - soweit es auf Grund der Kollisionsregel anwendbar ist - kontrolliert die allgemeinen Geschäftsbedingungen nur insoweit, als es um den materiellrechtlichen Vertrag geht. Ist hingegen eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung zu treffen, so gilt das u.U. wesentlich strengere Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen der *lex fori*.²⁾ Die Wirksamkeit des Gesamtvertrages sowie diejenige

1) s. oben S. 52.

2) Der BGH hingegen wendet in BGHZ 59, 23 (29), die allg. Geschäftsbedingungen des französischen Rechts an.

der Gerichtsstandsvereinbarung sind also durchaus unterschiedlich zu bewerten.

II. Das Beweisrecht

1. Die Beweismittel

Bei der Frage nach der Beachtung ausländischer Beweismittelvorschriften durch inländische Gerichte stehen stets jene Regelungen im Mittelpunkt des Interesses, die den Zeugenbeweis aus bestimmten Gründen nicht zulassen, wie z.B. Art. 1341 C.c. franz., § 136 der früheren russischen ZBO.

Die Beachtung ausländischer Beweismittelvorschriften insgesamt wird sehr zurückhaltend beurteilt.¹⁾ Andererseits räumt man in der Literatur ein, Normen über den Ausschluß des Zeugenbeweises durch das fremde Recht müßten auch im Inland Anwendung finden. Es handle sich hierbei um Formvorschriften mit materiellrechtlichem Charakter, weil die Parteien zur Beurkundung angehalten werden sollten, um sie vor unüberlegten Schritten zu bewahren.²⁾

Auch diese Ansicht stößt nicht auf einhellige Zustimmung. Vielmehr wird ebenso hervorgehoben, bei den Beweismittelvorschriften handle es sich um zwingendes öffentliches Recht. Durch den Ausschluß des Zeugenbeweises werde zwar die materielle Rechtsposition des einzelnen berührt; vom Grundsatz der Anwendung eigener Beweismittel dürfe deswegen aber nicht abgewichen werden.³⁾

1) Kegel, IPR, S. 486; Rosenberg-Schwab, § 113 III 1 b; Riezler, S. 467 ff.; Nagel, S. 432 ff.

2) Soergel-Kegel, Art. 11, Rdnr. 22; Stein-Jonas-Pohle, Einl. N I 3 a, wo allerdings betont wird, daß solche Regelungen nicht als Formvorschriften anzusehen seien, die ein allgemeines Mißtrauen in die Zuverlässigkeit einer Zeugen aussage zum Ausdruck brächten; ebenso Schnitzer, S. 853 f.; unklar Rosenberg-Schwab, a.a.O.

3) Riezler, S. 468 ff.; Neuner, Sinn der IPR-Norm, S. 120, möchte Art. 1341 C.c. vor deutschen Gerichten nicht anwenden; jedoch nicht, weil er die Regelung als prozessual betrachtet, sondern weil es zu einer Kollision mit allgem. Prozeßgrundsätzen kommen könne.

Bei Außerachtlassung des Zeugenbeweises bestehe außerdem die Gefahr der ungenügenden Sachverhaltsaufklärung. Da das deutsche Recht weitere Beweismöglichkeiten habe, könne hierauf nicht verzichtet werden.¹⁾

Durch die Beweismittelvorschriften zeigt der Gesetzgeber dem Rechtsuchenden den prozessualen Weg auf, den er gehen darf, um bezüglich der von ihm vorgetragenen Tatsachen den Beweis führen zu können. Solche Normen haben als prozessuale Verhaltensregeln verfahrensordnenden Inhalt. Demgegenüber ist jedoch vor allem beim Zeugenbeweis folgendes zu beachten: Der evtl. Ausschluß des Zeugenbeweises ändert zwar nichts an der eigentlichen materiellen Rechtslage; für den einzelnen muß das eingeräumte private Sachrecht jedoch ohne Bedeutung bleiben, wenn die Gegenpartei es jederzeit durch die Anstrengung eines Prozesses zunichte machen kann. Diese Möglichkeit besteht aber unabhängig davon, ob der Zeugenbeweis ausgeschlossen bleiben soll, weil die Parteien auf die Schriftform verwiesen werden sollen oder aber, weil grundsätzliche Bedenken gegen den Wert der Zeugenaussage bestehen. Der Ausschluß des Zeugenbeweises hat demnach objektive Sachrechtsauswirkung, die vom Richter zu beachten ist.

Auch die übrigen Beweismittelvorschriften können nicht anders behandelt werden als die Normen bzgl. des Zeugenbeweises. Zwar mag der evtl. Ausschluß des Zeugenbeweises sich unmittelbarer auf den Anspruch auswirken, da hiermit häufig das einzige Beweismittel genommen wird. Jede Einschränkung bzw. Ausdehnung der Beweismöglichkeiten verändert jedoch den Spielraum bei der materiellen Rechtsverfolgung. Somit handelt es sich bei keinem Beweismittel um ein einfaches prozessuales Verhaltensrecht, sondern alle Beweismittelvorschriften nehmen gemeinsam objektiv Einfluß auf das Sachrecht, so daß sie zu beachten sind.

1) Nagel, S. 426.

2. Die Beweislast

Das Erfordernis der Beweiserbringung kann über Durchsetzbarkeit oder Fortfall eines Anspruchs entscheiden, womit die Einstufung der Beweislast bei Auslandsberührung besondere Bedeutung für die Parteien erlangt. Dies mag die Beweislastumkehr der Produzentenhaftung im deutschen Recht verdeutlichen: Beurteilt sich die Frage des zu erbringenden Beweises nach deutschem Recht, so ist die Schadensersatz beanspruchende Partei in einer wesentlich stärkeren Position als dann, wenn zwar ausländisches Sachrecht maßgeblich ist, die *lex causae* aber zusätzlich über die Frage der Beweislast befindet, die Umkehr der Beweislast diesbezügl. aber nicht kennt.¹⁾

Bei der Beurteilung im internationalen Bereich sieht die weitaus h.M. in Literatur und Rechtsprechung die Beweislastregeln als materiellrechtlich an.²⁾ In der Begründung gibt es jedoch Differenzen. Vorsicht ist dann geboten, wenn versucht wird, den materiellen Charakter mit dem Regelungsverzicht des Gesetzgebers im Prozeßrecht und der Kodifizierung im materiellen Recht zu erklären.³⁾ Man sollte sich davor hüten, den Standort einer Vorschrift nach Gutdünken entweder als belanglos oder als maßgeblich für die Beurteilung des Normcharakters heranzuziehen. Die Einbettung einer Regelung in das materielle oder prozessuale Recht darf allenfalls als Indiz für eine Qualifikation dienen.⁴⁾ Es kann

1) s. auch weitere Beispiele bei Grunsky, ZZP 89 (1976), 241 (249 f.).

2) Milleker, ZZP 80 (1967), 288 (289 Fußn. 4); Neuhaus, RabelsZ 20 (1955), 201 (238); Niederländer, RabelsZ 20 (1955), 1 (51); Kegel, IPR, S. 486; Pohle, Festschr. f. Dölle II, S. 317 (335 ff.); Riezler, S. 464 (mit Einschr.); Soergel-Kegel, vor Art. 7, Rdnr. 389; Stein-Jonas-Pohle, Einl. N I 3b; BGHZ 42, 385 (388 f.); BGH NJW 1960, 774; (vgl. auch die Entwicklung der Rechtsprechung bei Nagel, a.a.O.); a.A. Schoch, S. 136 ff.

3) Dieser Gefahr droht Pohle, a.a.O., S. 335, zu erliegen, da er die Qualifikation als materielles Recht damit erklärt, der Gesetzgeber habe die Beweislast im materiellen Recht verankert.

4) Pohle selbst warnt davor, aus der Stellung im Gesetz eine bestimmte Schlußfolgerung auf den Rechtscharakter zu ziehen, a.a.O., S. 325 f.

zwar nicht übersehen werden, daß sich im materiellen Recht Regelungen finden, die für die Beweislastverteilung Bedeutung erlangen.¹⁾ Die Beweislast betrifft aber immer nur das Verhalten der Parteien im Prozeß, womit ein wesentliches Indiz dafür spricht, sie als verfahrensrechtliches Institut anzusehen.²⁾

Aufschlußreicher ist die Analyse, inwieweit zwischen Beweislast und privatem Sachrecht ein Zusammenhang zu erkennen ist.³⁾ Die Beweislastregeln können insoweit als prozeßordnend angesehen werden, als die beweisbelastete Partei gezwungen wird, im Prozeß aktiv zu werden und andererseits der Richter in seiner Sachverhaltswürdigung von der Erbringung des Beweises durch die beweisbelastete Partei abhängig ist. Wesentlich größere Bedeutung kommt der Beweislast jedoch deswegen zu, weil die Erbringung des Beweises nach dem Willen des Gesetzgebers über Bestehen oder Nichtbestehen einer Anspruchsvoraussetzung entscheiden soll. Kommt die beweisbelastete Partei ihrer Verpflichtung nicht nach, eine behauptete Tatsache zu beweisen, bleibt die einfache Behauptung ohne Wirkung, womit der materiellrechtliche Anspruch nicht durchsetzbar ist. Die Regelung der Beweislast hat daher objektive Auswirkungen auf das Sachrecht. Sie kann also auch nur einen gemeinsamen Weg mit der dazugehörigen materiellen Rechtsnorm beschreiten. Dies gilt gerade auch für die Beweislastumkehr⁴⁾, weil Gesetzgeber bzw. die fortentwickelte Rechtsprechung der Situation Rechnung tragen, daß sich die klagende Partei von vornherein in einer unterlegenen Stellung befände, wenn ihr die Beweiserbringung zugemutet würde, da sie auf Grund besonderer Umstände nur geringen Einblick in das Verhalten der Gegenpartei haben kann. Die Beweislastumkehr kann einer Partei die Durchsetzung des

1) s. hierzu näher unten S. 61.

2) Vgl. Rosenberg-Schwab, § 118 III 4; Grunsky, Grundlagen, S. 366 f., jeweils m.w.N.; ferner Baumbach-Lauterbach-Hartmann, Anh. § 286, Anm. 1 B zur Einstufung im deutschen Recht.

3) Pohle, a.a.O., S. 334; Stein-Jonas-Pohle, Einl. N I 3b.

4) Wie hier ausdrücklich Kegel, IPR, S. 486; a.A. Riezler, S. 465.

Anspruchs erleichtern, indem sie zu verhindern sucht, daß eine Verteilung der Beweislast nach herkömmlichen Regeln dem Kläger nahezu ausnahmslos unmöglich macht, seinen Anspruch erfolgreich vor Gericht geltend zu machen.

Der Privatrechtscharakter der Beweislastnormen zeigt sich im deutschen Recht besonders dort, wo sich im Gesetzestext Ausdrücke finden, wie "der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn .." (§ 1004 II BGB), "es sei denn ..." (§§ 320, 817 S. 2, 912 I, 932 BGB), "sofern nicht ..." (§ 273 BGB).¹⁾ Diese Formulierungen zeigen, daß die sachrechtliche Folge nur dann eintreten soll, wenn derartige Voraussetzungen nicht gegeben sind. Daher hat die sich auf die Ausnahme berufende Partei diese Voraussetzungen zu beweisen. Die Beweislast ist hier unmittelbare prozessuale Folge der materiellrechtlichen Ausnahmeregelung.

Einer anderen Beurteilung unterliegen die Beweislastregeln hingegen dann, wenn die Beweislast einer Partei Folge eigenen fehlerhaften Verhaltens im Prozeß ist.²⁾ Hierzu sind etwa das verspätete Vorbringen, Schweigen auf Befragung, Zerstörung von Beweismitteln des Gegners oder aber die Nichtvorlegung der Urkunde gem. § 427 ZPO zu zählen. Objektive Auswirkungen auf das materielle Recht zeigen sich ebenso wie bei den übrigen Beweislastregeln, da durch die Beschwer mit der Beweisführung stets die Durchsetzung des Sachrechtes problematischer wird.³⁾ Hier dienen die Beweislastregeln jedoch dem Zweck, das Verhalten auszugleichen, mit dem eine Person die richterliche Aufklärung zuungunsten des Gegners u.U. zu verhindern sucht. Andernfalls wäre es möglich, gegen den ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers zu handeln⁴⁾,

1) Vgl. auch Grunsky, Grundlagen, S. 370.

2) Nagel, S. 486; Pohle, a.a.O., S. 336 f.; Riezler, a.a.O.; Schnitzer, S. 853.

3) So z.B. beim Verstoß gegen die gem. § 425 ZPO verfügte Vorlegung einer Urkunde.

4) Diesen Gesichtspunkt übersieht Pohle, a.a.O., S. 324, wenn er die Aufgabe dieser Vorschriften nur darin sieht, dem Richter zu einer bestimmten Überzeugung in der Tatfrage zu verhelfen.

ohne daß hiermit negative Folgen verbunden wären. Es liegt damit im öffentlichen Interesse und ist einem ordnungsgemäßen Verfahrensablauf dienlich, eine Partei dadurch zu einem ordnungsgemäßen prozessualen Verhalten zu veranlassen, daß ihr die Beweislast für eine bestimmte Tatsache aufgebürdet wird. Solche Beweislastregeln verfolgen daher überwiegend prozeßordnende Ziele und sind allein der *lex fori* zu entnehmen.

Auch der *prima-facie*-Beweis ist Bestandteil der Beweislast.¹⁾ Er mindert das Beweiserfordernis einer entscheidungserheblichen Tatsache, weil diese als richtig unterstellt werden kann, sofern die Umstände für das Vorhandensein des fehlenden Tatsachenglieds unter Berücksichtigung der Lebenserfahrung sprechen.²⁾ Dabei wirkt der Anscheinsbeweis sich insofern unmittelbar auf die Beweislast aus, als der Kläger nur auf die Lebenserfahrung zu verweisen braucht, um die Anerkennung von Kausalzusammenhang oder Fahrlässigkeit auf der Beklagtenseite zu erreichen.³⁾ Demgegenüber gerät der Beklagte in eine recht unbequeme Situation, da die Beweislast ihm jetzt auferlegt, die gegen ihn sprechenden Umstände, die der Kläger nicht zu beweisen brauchte, aus dem Wege zu räumen.⁴⁾

Die Zuordnung zur Beweislast kann nicht durch die Behauptung in Frage gestellt werden, die Regeln der Beweislast könnten

1) Vgl. zum Meinungsstreit im deutschen Recht Rosenberg-Schwab, § 114 3. m.w.N.

2) Grunsky, Grundlagen, S. 380.

3) Kollhossner, AcP 165 (1965), 46 (71). Der Anscheinsbeweis dient also dazu, Beweisschwierigkeiten auszuräumen, worin die eigentliche Funktion der Beweislast liegt; vgl. Diederichsen, ZJP 81 (1968), 45 (64).

4) Aus diesem Grunde lassen viele Autoren die unverkennbare Ähnlichkeit von *prima-facie*-Beweis und Beweislast anklingen. Thomas-Putzo, § 286, Anm. 4, spricht von einer Erleichterung der Beweislast; Jauernig, § 50 IV, u. Erman-Drees, vor § 823, Rdnr. 79, stellen eine Milderung der Beweislast durch den Anscheinsbeweis fest; vgl. auch Kollhossner, a.a.O., S. 73; a.A. Stein-Jonas-Pohle, § 282 IV 7a aa.

erst dann eingreifen, wenn ein non-liquet vorliege ¹⁾, das Gericht zunächst also tatsächliche Erkenntnismöglichkeiten unter Ausnutzung aller Erfahrungssätze zu Rate gezogen haben müsse, wozu auch der prima-facie-Beweis zu zählen sei. ²⁾ Denn diese tatsächlichen Erkenntnismöglichkeiten ergeben sich gerade im Zivilprozeß aus dem von den Parteien eingebrachten Prozeßstoff. Dabei versuchen die Parteien, einem non-liquet aber bereits von Anfang an dadurch zu entgehen, daß sie den Beweis im Hinblick auf die Beweislastregeln anbieten, d.h. die tatsächliche Erkenntnismöglichkeit des Gerichts kann nicht von der Beweislastregelung getrennt werden.

Der Anscheinsbeweis geht in seinen Wirkungen auch weit über die tatsächliche Feststellung hinaus. ³⁾ Werden etwa auf Grund des prima-facie-Beweises der Kausalzusammenhang mehrerer Tatsachen bzw. das Verschulden des Beklagten festgestellt, so gelangt der Richter nicht nur zu einer Überzeugung in der Tatfrage. ⁴⁾ In der Regel trifft er gleichzeitig auch eine Entscheidung über den Anspruch selbst, sofern der jetzt dem Beklagten auferlegte Gegenbeweis nicht erbracht wird. Es wird vom Gericht also bereits eine umfangreiche juristische Wertung vorgenommen ⁵⁾, indem die bisher unaufgeklärten Sachverhaltsbestandteile der beklagten Partei zugerechnet werden. ⁶⁾ Das inländische Gericht muß somit auf den Anscheinsbeweis verzichten, wenn die lex causae eine ähnliche Beweisregelung nicht kennt.

3. Die Beweiswürdigung

Mittels der Beweiswürdigung gelangt der Richter zu einer

1) So aber Rosenberg-Schwab, § 114 3a.

2) Hainmüller, S. 76 m.w.N.; kritisch hierzu Diederichsen, a.a.O., S. 50.

3) a.A. Hainmüller, S. 76 f.; Pohle, a.a.O., S. 324.

4) So aber Pohle, a.a.O.

5) Diederichsen, VersR 1966, 211 (219); Pawlowski, S. 17 f.

6) Diederichsen, a.a.O., S. 221.

Entscheidung über den Wert der Beweismittel.¹⁾ Ausschlaggebend ist also, inwieweit er vom Vorhandensein vorgetragener Tatumstände überzeugt werden konnte. Der Richter wertet somit prozessuale Vorgänge, ohne hiermit irgendeine Beziehung zum sachrechtlichen Anspruch herzustellen. Dies gilt unabhängig davon, ob er bei der Beweiswürdigung an gewisse Gesetzesvorschriften gebunden ist oder in seiner Überzeugungsbildung im wesentlichen frei ist; denn auch die strenge Gebundenheit an feste Beweiswürdigungsnormen ändert nichts an der ausschließlichen Beurteilung des prozessualen Geschehens, damit auf Grund eines klaren Sachverhalts über den Anspruch entschieden werden kann. Die Beweiswürdigung gehört daher nicht zum Privatrecht. Es ist eigene Entscheidungssache eines jeden Staates, Bewertungsmaßstäbe für die Tauglichkeit der von den Parteien vorgetragenen Tatsachen zu schaffen und damit das Aufgabenfeld des Richters näher zu bestimmen. Daher braucht sich der inländische Richter bei Anwendung ausländischen Sachrechts stets nur an den eigenen Beweiswürdigungsregelungen zu orientieren.²⁾

III. Behandlung von Rechtskraft, Nebenintervention und Streitverkündung

1. Die Rechtskraft

Die Rechtskraftregeln bestimmen darüber, inwieweit gegen eine gerichtliche Entscheidung ein Rechtsmittel möglich ist (formelle Rechtskraft) bzw. inwieweit der Inhalt der Entscheidung für das Gericht und die Parteien bindend ist (materielle Rechtskraft).³⁾ Weil die rechtskräftige Entscheidung das rechtspflegerische Ziel jeder Tätigkeit von Rechtspflegeorganen ist, sind die Rechtskraftregeln Bestandteile des Verfahrensrechts.

1) Grunsky, Grundlagen, S. 387; Rosenberg-Schwab, § 113 VI.

2) So im Ergebnis Nagel, S. 441; Pohle, a.a.O.; Riezler, S. 466; Schnitzer, S. 855 f.

3) s. hierzu Baumbach-Lauterbach-Hartmann, Einf. vor § 322, Anm. 1.

Eine richterliche Entscheidung verfolgt das Ziel, eine Klärung über die materielle Rechtslage herbeizuführen. Die Rechtskraftregeln, die über die Wirkungen des Urteils bestimmen, nehmen somit Einfluß auf das materielle Privatrecht, da sie die durch das Urteil festgelegten materiellen Rechtspositionen berühren.

Jeder Staat regelt jedoch den Aufgabenbereich der Gerichte und die Voraussetzungen ihres Tätigwerdens selbständig und unabhängig von der Beeinflussung anderer Staaten. Wenn der Gerichtsstaat diesbezüglich auf der Anwendung seiner Vorschriften bestehen kann, muß er ebenfalls allein darüber bestimmen können, welche Wirkungen die Tätigkeit seiner Rechtspflegeorgane hat. Er kann es nicht zulassen, daß die bestehende rechtspflegerische Ordnung, die das Ergebnis rechtspolitischer Grundanschauungen ist, durch fremdes Recht womöglich verzerrt wird. Die Entscheidung der inländischen Gerichte bei der Anwendung ausländischen Rechtes bedingt mithin die ausschließliche Beachtung der eigenen Rechtskraftvorschriften.¹⁾

Ein beachtliches Interesse des Staates an der Durchsetzung seiner eigenen Rechtskraftregelungen besteht jedoch nur insoweit, als seine Gerichte in der Rechtssache tätig geworden

1) So auch v. Carolsfeld, Festschr. f. Lent, S. 245 (261); ferner Niederländer, a.a.O., S. 49; da Niederländer das öffentliche Interesse bei seiner Qualifikationsmethode nicht berücksichtigt, sondern den Sachrechtsbezug einer Norm für die Qualifikation als Sachrecht ausreichen läßt, ist er hier zu einer Einschränkung seiner These gezwungen, ohne hierfür jedoch eine Begründung zu geben. Neuhaus, a.a.O., S. 238, und Grunsky, ZZP 89 (1976), 241 (258), die ebenfalls den öffentlichrechtlichen Gehalt der Rechtskraftvorschriften nicht beachten, entscheiden sich hier hingegen für die Berücksichtigung der *lex causae*. V. Carolsfeld, a.a.O., S. 264, möchte die subjektive Rechtskrafterstreckung gem. § 325 ZPO nur berücksichtigt wissen, wenn die Verfügung über die Sache dem deutschen Recht unterliegt, da der Prozeßausgang das materielle Privatrecht des Erwerbers abschwäche. Die Befugnis des Staates, über die Auswirkungen der richterlichen Tätigkeit zu bestimmen, ist jedoch unteilbar. Es ist nicht ersichtlich, warum das öffentliche Interesse bei der subjektiven Rechtskraft nicht vorhanden bzw. geringer sein soll.

sind und ein Urteil gefällt haben. Hat bereits ein ausländisches Gericht entschieden, so hängt die Frage der Rechtskraft im Inland davon ab, ob das ausländische Urteil gem. § 328 ZPO anerkannt werden kann. Bejahendenfalls erklärt sich das deutsche Recht mit dem Spruch des fremden Gerichtes in seiner gesamten Tragweite einverstanden, wozu auch die Rechtskraftregelungen gehören. Mit der Anerkennung begibt sich der Staat der Möglichkeit einer eigenständigen Entscheidung, die vom ausländischen Urteil abweichen könnte. Im Falle der Anerkennung entscheidet über die Rechtskraftwirkung daher ausschließlich das Recht des Urteilsstaates.¹⁾

Demgegenüber hindert das ausländische Urteil, das im Inland nicht anerkannt werden kann, die inländischen Gerichte nicht an einer erneuten Sachentscheidung. Der Staat macht mit der Nichtanerkennung deutlich, daß das fremde Urteil keinerlei Bindungswirkung im Inland entfalten soll. Die Rechtskraft des dann erfolgenden inländischen Urteils unterliegt der *lex fori*.²⁾

2. Die Nebenintervention

Die Regeln über die Nebenintervention ermöglichen einem bisher nicht am Rechtsstreit beteiligten Dritten, dem Verfahren beizutreten, wenn er ein rechtliches Interesse daran hat, daß die Entscheidung zugunsten einer Partei ausfällt, § 66 ZPO.³⁾ Ein solches berechtigtes Interesse ist immer dann gegeben, wenn auf Grund der Beziehungen des Nebeninter-

1) Niederländer, a.a.O.; Neuhaus, Grundbegriffe, S. 130; ders. RabelsZ 20 (1955), 238; Grunsky, a.a.O., S. 258 f.; Riezler, S. 520 f.; Schnitzer, S. 864; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 328 I 1 b; Wetzell, S. 516. Allerdings wird z.T. beim anzuerkennenden ausländischen Urteil die erneute Klagemöglichkeit bejaht, wobei ein dem ausländischen Urteil inhaltlich entsprechendes Sachurteil ergehen müsse, vgl. Stein-Jonas-Schumann-Leipold, a.a.O., Anm. IX 1 c; BGH NJW 1964, 1626 = MDR 1964, 587 = LM § 328, Nr. 13.

2) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 322, Anm. IX 1 c; Schnitzer, a.a.O.

3) Vgl. Grunsky, Grundlagen, S. 299; Rosenberg-Schwab, § 47 I.

venienten zu den Parteien oder dem Gegenstand des Hauptverfahrens durch das Urteil rechtliche Nachteile für ihn zu befürchten sind, sei es, daß es ihm gegenüber in Rechtskraft erwächst ¹⁾ oder daß er sich im Falle des Unterliegens der Partei Regreßansprüchen ausgesetzt sieht.²⁾

In der Rücksichtnahme auf das materiellrechtliche Interesse des Dritten ist der Wille des Gesetzgebers zu erkennen, diesem eine prozessuale Möglichkeit zum Schutz seiner Rechtsposition zu gewähren, auch wenn er nicht unmittelbar Beteiligter des Rechtsstreits ist. Würde das inländische Gericht diesbezüglich eine abweichende ausländische Regelung berücksichtigen, müßte es die Beurteilung des eigenen Gesetzgebers über die besonderen Voraussetzungen der Rechtsschutzgewähr bei einer außerhalb des Rechtsstreits stehenden Person durch die rechtspolitischen Anschauungen des fremden Gesetzgebers ersetzen, d.h. das ausländische Recht könnte den inländischen Gerichten vorschreiben, wann sie einen Dritten in den Prozeß einzubeziehen hätten. Jeder Staat muß für seinen Rechtsbereich jedoch selbst bestimmen können, wann er einem Rechtsuchenden die Möglichkeit der Prozeßbeteiligung eröffnen will.

Die Interventionswirkung gem. § 68 ZPO hat zur Folge, daß der Nebenintervenient in einem späteren Rechtsstreit nicht mehr geltend machen kann, im damaligen Prozeß sei vom Richter unrichtig entschieden worden. Ferner bleibt er mit der Behauptung ungehört, die Hauptpartei habe den Prozeß seinerzeit mangelhaft geführt. Zwar bewirkt diese Regelung keine Ausdehnung der Rechtskraft auf den Streitgenossen ³⁾; es wurde jedoch soeben ausgeführt, daß der Gerichtsstaat allein über die Wirkungen seiner Urteile zu befinden hat. Wenn der Gesetzgeber über den Beitritt Dritter zum Rechtsstreit entscheidet, schließt er die Auswirkungen dieser Beteiligung in seine Überlegungen ein und regelt sie entsprechend. Die Zulässigkeit der Nebenintervention und ihre Folgen für den

1) s. § 69 ZPO.

2) Grunsky, a.a.O.; Rosenberg-Schwab, § 47 II 1.

3) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 68, Anm. 1 A.

Nebenintervenienten sind also untrennbar miteinander verbunden. Die Vorschriften bzgl. der Nebenintervention müssen daher als öffentlichrechtliche Vorschriften in ihrer Gesamtheit der lex fori entnommen werden.

3. Die Streitverkündung

Glaubt eine Partei, im Falle ihres Unterliegens im Rechtsstreit gegen einen Dritten Schadensersatz- bzw. Gewährleistungsansprüche zu haben, kann sie ihm gem. § 72 I ZPO den Streit verkünden. Der Dritte hat danach die Wahl, nach den Regeln der Nebenintervention dem Rechtsstreit beizutreten oder auf eine Prozeßbeteiligung zu verzichten.¹⁾ Unabhängig von seiner Entscheidung wirkt das Urteil jedoch gem. § 74 III i.V. mit § 68 ZPO insoweit gegen ihn, als die Interventionswirkung in jedem Falle eintritt.²⁾

Die Streitverkündung ist in ihren Folgen mit der Nebenintervention identisch und ähnelt ihr hinsichtlich der Zulässigkeit. Ein Unterschied beider Regelungen ergibt sich lediglich daraus, daß bei der Streitverkündung die Initiative von einer Partei ausgeht und der Verkündungsempfänger sich den gesetzlichen Folgen der Nebenintervention nicht entziehen kann. Für eine abweichende Behandlung der Streitverkündung von der der Nebenintervention bei der Anwendung ausländischen Sachrechts durch ein deutsches Gericht gibt es somit keine zwingenden Gründe, da beiden die gleiche gesetzgeberische Zweckverfolgung zugrunde liegt.

IV. Dispositions-, Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz im internationalen Privatrecht

Es besteht kein besonderes öffentliches Interesse an der Einmischung staatlicher Organe in die privatrechtlichen

1) Zum Wesen der Streitverkündung vgl. Grunsky, a.a.O., S. 307 ff.; Rosenberg-Schwab, § 48.

2) Vgl. Grunsky, a.a.O., S. 309; Rosenberg-Schwab, § 48 IV.

Streitigkeiten der Parteien. Aus diesem Grunde macht es der Verhandlungsgrundsatz den Parteien zur Aufgabe, den maßgeblichen Tatsachenstoff in den Prozeß einzuführen. Hinzu kommt, daß die Parteien auf Grund ihres Eigeninteresses am Prozeßausgang am besten in der Lage sein werden, den notwendigen Prozeßstoff vorzutragen. Damit wird zugleich einer Überbelastung der staatlichen Organe vorgebeugt, deren Möglichkeiten bei eigener Wahrnehmung dieser Aufgaben bei weitem überschritten würden.¹⁾

Der gleiche Gedanke liegt dem Dispositions- oder Verfügungsgrundsatz zugrunde, wenn er sich inhaltlich auch vom Verhandlungsgrundsatz abhebt. Hiernach wird den Parteien die Befugnis zugesprochen, weitgehend über den Streitgegenstand zu bestimmen, da der Staat sich der Einflußnahme zu enthalten wünscht, um den Parteien Bewegungsfreiheit bei der Durchsetzung privater Rechte zu lassen.²⁾ Dementsprechend liegt es allein in der Hand der Parteien, für die Einleitung des Verfahrens Sorge zu tragen oder den Prozeß zu beenden. Zur Dispositionsbefugnis gehört ferner die Möglichkeit des Klageverzichts und der -rücknahme, des Anerkenntnisses, der Schließung eines Vergleichs sowie der Erledigungserklärung und des Anspruchs auf Erlaß eines Versäumnisurteils.³⁾

Dem Staat steht das Recht zu, und er hat gleichzeitig die Pflicht, die Verfahren vor seinen Gerichten organisatorisch zu ordnen und zu bestimmen, bei welchen Gegebenheiten sie tätig werden sollen. Von dieser Befugnis macht der Gesetzgeber Gebrauch, wenn er die Initiative der Prozeßführung den Parteien überläßt, richterliches Handeln also teilweise an das Parteiverhalten gebunden ist. Die Normierung von Verhandlungs- und Dispositionsmaxime ist folglich insoweit öffentlichrechtlicher Natur.

Privatrechtliche Züge trägt das Parteiverhalten dort, wo in dem prozessualen Vorgehen gleichzeitig eine unmittelbare Änderung bzw. Festschreibung der materiellrechtlichen Lage

1) Vgl. zum Gesamtkomplex Rosenberg-Schwab, § 78 I, II.

2) Rosenberg-Schwab, § 79 I.

3) Rosenberg-Schwab, § 79 II.

zu sehen ist, wie z.B. beim Klageverzicht gem. § 306 ZPO, wobei der Kläger den Anspruch auf das materielle Recht aufgibt ¹⁾, oder beim Anerkenntnis, soweit hierin über den Anspruch entschieden wird. ²⁾ Mit diesen Handlungen geht eine weitreichende Entscheidung über das Sachrecht selbst einher. Dennoch hat die Möglichkeit von Verzicht oder Anerkenntnis prozeßordnende Bedeutung, da die Parteien mit ihrem Prozeßverhalten allein über die Beendigung des Prozesses entscheiden können. Der inländische Richter darf vom ausländischen Recht nicht dazu verpflichtet werden, den Prozeß gegen den ausdrücklichen Willen der Beteiligten fortzuführen, weil der Gesetzgeber sein unverzichtbares Interesse daran zeigt, sich in die Prozeßführung der Parteien nicht einzumischen. Trotz der Auswirkung auf das Sachrecht kann daher nur der öffentlichrechtliche Gehalt solcher Normen berücksichtigt werden, da anderenfalls das staatliche Interesse an der Dispositionsbefugnis der Parteien außer acht bleiben würde.

V. Prozeßführungsbefugnis und Prozeßstandschaft

1. Die Prozeßführungsbefugnis

Die Prozeßführungsbefugnis beinhaltet die Möglichkeit, über das behauptete streitige Recht im eigenen Namen einen Rechtsstreit führen zu können. ³⁾ Eine Prüfung dieser Prozeßvoraussetzung ist im inländischen Verfahren zumeist unproblematisch: Behauptet der Kläger, selbst Träger des strei-

1) Diese Wirkung des Verzichts sieht auch Grunsky, Grundlagen, S. 15, bezieht hingegen bei der Beurteilung im internationalen Verfahrensrecht in ZZP 89 (1976), S. 257, nicht deutlich Position. Er betont die weitgehende Beeinflussungsmöglichkeit des Verfahrens durch die Parteien bei den Auswirkungen von Dispositions- und Verhandlungsgrundsatz. Dabei spricht er sich grundsätzlich für die Maßgeblichkeit der lex fori aus, ohne allerdings eine Analyse der einzelnen Handlungen vorzunehmen.

2) Riezler, S. 467.

3) Stein-Jonas-Pohle, vor § 50 II 1; Rosenberg-Schwab, § 46 I 1.

tigen Sachrechts zu sein, so ist damit regelmäßig auch seine Prozeßführungsbefugnis gegeben.¹⁾

Es liegt nahe, die Regelung der Prozeßführungsbefugnis als Verfahrensrecht mit privatrechtlichem Inhalt anzusehen, wenn man die Abhängigkeit berücksichtigt, in der sich die Prozeßführungsbefugnis von der materiellen Verfügungsbefugnis befindet.²⁾ Damit bliebe aber die eigentliche verfahrensrechtliche Funktion außer acht, die der Gesetzgeber der Prozeßführungsbefugnis zugedacht hat: Könnte unabhängig von der behaupteten Rechtsträgerschaft jede Person ein Recht gerichtlich geltend machen, geriete ein Schuldner in Gefahr, beliebig oft bzgl. desselben Streitgegenstandes in einen Prozeß verwickelt zu werden, wobei ein solches Urteil gem. § 325 I ZPO jeweils allein die streitenden Parteien binden würde.³⁾ Unausweichliche Folge wäre eine weitgehende Ineffektivität der Rechtsprechung. Der Gesetzgeber verfolgt mit der Regelung der Prozeßführungsbefugnis den Zweck, im allgemeinen Interesse die Gefahr solcher Popularklagen auszuschließen und die Funktionsfähigkeit der Judikative sicherzustellen.⁴⁾ Daher handelt es sich um öffentliches Recht, womit im Falle der Auslandsberührung die lex fori maßgebend ist.⁵⁾

2. Die gesetzliche Prozeßstandschaft

Bei der gesetzlichen Prozeßstandschaft verliert der Rechtsinhaber auf Grund einer Rechtsnorm entweder ganz die Möglichkeit, seine Rechte gerichtlich durchzusetzen, oder aber diese Möglichkeit wird durch eine solche Regelung eingeschränkt. Statt dessen erlangt eine andere Person allein

1) Rosenberg-Schwab, § 46 I 3.

2) Daher sehen Niederländer, a.a.O., S. 51, und Neuhaus, a.a.O., S. 237, die Prozeßführungsbefugnis als materielles Recht an; nicht ganz eindeutig Grunsky, ZP 89 (1976), S. 258.

3) Grunsky, Grundlagen, S. 225.

4) Vgl. auch Grunsky, a.a.O.

5) Im Ergebnis ebenso Stein-Jonas-Pohle, a.a.O.; Wunderlich, S. 154.

oder neben dem Rechtsinhaber die Befugnis, im eigenen Namen über das fremde Recht einen Prozeß zu führen.¹⁾

Die wichtigste Gruppe innerhalb der gesetzlichen Prozeßstandschaft bildet die Prozeßführungsbefugnis der sog. Parteien kraft Amtes. Eine solche Funktion wird etwa vom Testamentsvollstrecker, Nachlaßverwalter, Konkursverwalter oder Zwangsverwalter ausgeübt. Die Partei kraft Amtes wird dabei auf Grund eines behördlichen Auftrags tätig, wobei sie die widerstreitenden Belange aller Beteiligten zu berücksichtigen hat.²⁾ Zur Wahrnehmung dieser Aufgabe verleiht das Gesetz ihnen die Befugnis, fremde Rechte im eigenen Namen geltend zu machen.³⁾ Die Prozeßführungsbefugnis resultiert somit nicht aus dem Eigeninteresse des Prozeßstandschafters, sondern folgt aus der Übernahme einer Verpflichtung, die die Verfügungsbefugnis über das fremde Recht einschließt.⁴⁾

Hieraus ergibt sich eine Veränderung der materiellen Rechtslage, da sich die Zuordnung des materiellen Rechtes auf eine andere Person verlagert. Die Verleihung der Prozeßführungsbefugnis garantiert, daß das Sachrecht, das inhaltlich keinerlei Änderung erfahren hat, von der Partei kraft Amtes auch gerichtlich durchgesetzt werden kann; andernfalls bliebe die Übertragung der alleinigen materiellen Verfügungsbefugnis weitgehend wirkungslos. Die Prozeßführungsbefugnis der Partei kraft Amtes ist also gekoppelt an die materielle Rechtsposition.

Der Gesetzgeber spricht dem Prozeßstandschafter das Prozeßführungsrecht nur deshalb zu, weil er dessen materiellrechtliche Befugnisse kennt und diese voraussetzt. Ist aber ausländisches Sachrecht anzuwenden und haben danach z.B. der Nachlaßverwalter oder der Konkursverwalter eine andere Rechtsposition als nach inländischem Recht, verliert die

1) Grunsky, a.a.O., S. 226.

2) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 50, Anm. 2 C.

3) Vgl. §§ 1984 f. BGB für den Nachlaßverwalter, §§ 2212 f. BGB für den Testamentsvollstrecker, § 6 II KO für den Konkursverwalter sowie § 152 ZVG für den Zwangsverwalter.

4) Frank, ZP 92 (1979), 321 (332 f.).

Prozeßführungsbefugnis ihre materiellrechtliche Anbindung, die nach deutschem Recht besteht. In diesem Falle verliert der inländische Gesetzgeber sein Interesse an einer speziellen Regelung der Prozeßstandschaft, da diese ihre Existenz allein aus dem deutschen Sachrecht ableitet.¹⁾ Das Prozeßführungsrecht der Parteien kraft Amtes richtet sich daher nach der *lex causae*.²⁾

Demgemäß dürften keine Bedenken bestehen, einem ausländischen Konkursverwalter die Prozeßführungsbefugnis zuzusprechen, wenn er etwa eine im Inland belegene Forderung des ausländischen Schuldners gegen einen Dritten einzuklagen beabsichtigt. Die deutsche Rechtsprechung lehnt dies freilich ab.³⁾ Sie beruft sich darauf, daß ein ausländisches Konkursverfahren gem. § 237 KO, wonach eine Zwangsvollstreckung in das inländische Schuldnervermögen trotz des Auslandskonkurses zulässig sei, territorial beschränkt sei und im Inland keine Wirkungen entfalten könne. Ausnahmsweise wird einem ausländischen Konkursverwalter die Prozeßführungsbefugnis über das Vermögen einer juristischen Person ausländischen Rechts dann eingeräumt, wenn diese durch die Konkurseröffnung aufgelöst wurde und der Konkursverwalter auch nach dem fremden Recht vertretungsberechtigt ist.⁴⁾

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß das Territorialitätsprinzip ungeeignet ist, dem ausländischen Recht die Geltung im Inland zu verwehren.⁵⁾ Die Berufung auf das Territorialitätsprinzip im Konkursrecht verkennt ferner, daß es in einer Zeit zunehmender internationaler wirtschaftlicher Ver-

1) Erhalten bleibt jedoch die grundsätzliche Befugnis des Gerichtsstaates, über das Prozeßführungsrecht zu entscheiden. Daher ist er berechtigt, dann die Allgmeinvorschriften über die Prozeßführungsbefugnis heranzuziehen, wenn das ausländische Recht diesen Regelungen zuwiderläuft.

2) Im Ergebnis ebenso Wunderlich, S. 176 ff.

3) BGH NJW 1962, 1511 (1512); BGH NJW 1960, 774.

4) BGH AWD 1962, 81

5) Vgl. oben S.5 ff., ferner auch Hanisch, Auslandsvermögen, S. 147.

flechtungen nicht geboten ist, die inländischen Gläubiger gegenüber den ausländischen zu bevorzugen. Die Möglichkeit der Einzelzwangsvollstreckung in einem Staat, der dem Auslandskonkurs keine Wirkungen im Inland beimißt, räumt dem einzelnen Gläubiger aber gerade eine zusätzliche Vorzugsbefriedigung ein, wenn dieser auch z.T. aus der ausländischen Konkursmasse befriedigt worden ist.¹⁾ Der historische Gesetzgeber beabsichtigte durch die Regelung des § 237 KO im Übrigen zwar den Schutz des inländischen Gläubigers durch die Möglichkeit der Einzelvollstreckung, schloß hierdurch aber die übergreifende Wirkung des ausländischen Konkurses nicht aus.²⁾ § 237 KO kann einer Öffnung der inländischen Rechtsprechung im Hinblick auf die internationale Wirkung des Konkurses daher nicht im Wege stehen. Dem ausländischen Konkursverwalter muß folglich zumindest die Möglichkeit eingeräumt werden, eine Konkurseröffnung im Inland zu betreiben. Sind die Voraussetzungen für die Eröffnung nach inländischem Recht gegeben, muß ihm in einem evtl. Verfahren die Prozeßführungsbefugnis zugesprochen werden, soweit ihm diese auch von seinem Heimatrecht zugestanden wird.³⁾

Bei einer Reihe anderer Vorschriften ist nicht unumstritten, ob sie der gesetzlichen Prozeßstandschaft zugerechnet werden können. Gem. §§ 1365, 1369 BGB ist die Verfügung eines Ehegatten, der mit seinem Partner im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft lebt, über sein Vermögen in seiner Gesamtheit sowie über einzelne Haushaltsgegenstände nur mit Zustimmung des anderen Ehegatten möglich. Gem. §§ 1368, 1369 III BGB wird einem Ehegatten bei Verstoß seines Partners gegen diese Regelung die Befugnis eingeräumt, im Wege der gesetzlichen Prozeßstandschaft diejenigen Rechte geltend zu machen, die Folge dieser unwirksamen Verfügung sind. Eine Mindermeinung vertritt die Ansicht, hierbei handele es sich nicht mehr um die Geltendmachung fremder Rechte, sondern der

1) Hanisch, a.a.O., S. 149 f.

2) Hanisch, a.a.O., S. 141 f. m.w.N.

3) Vgl. auch Hanisch, a.a.O., S. 166.

prozessierende Ehegatte wolle durch die Anstrengung eines Verfahrens lediglich seine eigene Rechtsposition schützen.¹⁾

Auch bei der Prozeßführung des Vollstreckungsgläubigers, der nach Erhalt eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses gem. §§ 829, 835, 836 ZPO die Forderung gegenüber dem Drittschuldner geltend macht, wird das Bestehen einer echten Prozeßstandschaft angezweifelt, da das Klagebegehren die Verfolgung eines eigenen Rechtes zum Inhalt habe.²⁾

Zweifel an der Geltendmachung eines fremden Rechtes werden ferner bei der Klage eines Miterben angemeldet, der nach § 2039 BGB die Leistung an die Erbengemeinschaft verlangt; in der gleichen Situation befinden sich der Mitgläubiger gem. § 432 BGB sowie der Miteigentümer gem. § 1011 BGB.³⁾ Auch bei der Prozeßführung des Nießbrauchers gem. §§ 1074, 1077 BGB oder des Pfandgläubigers gem. §§ 1281, 1282 BGB ist nicht eindeutig, ob die eigene oder fremde Rechtsposition betroffen ist.⁴⁾ Für die Erkenntnis, inwieweit die genannten Vorschriften im Falle der Auslandsberührung anzuwenden sind, ist eine Entscheidung darüber, ob es sich bei der Klage um die Verfolgung eines fremden oder eigenen Rechtes handelt, letztlich nicht erforderlich. Das Interesse an der Rechtsverfolgung ergibt sich aus einem materiellen Eigeninteresse des Klägers, das mit der Rechtsinhaberschaft einer anderen

1) Stein-Jonas-Pohle, vor § 50 II 4; zweifelnd ferner auch Frank, a.a.O.; a.A. Blomeyer, § 41 II 2; Rosenberg-Schwab, § 46 II 1 d.

2) Stein-Jonas-Pohle, a.a.O.; Frank, a.a.O., S. 332, teilt diese Zweifel, indem er davon spricht, de iure werde zwar ein fremdes Recht geltend gemacht, de facto handele es sich jedoch um die Durchsetzung eines eigenen dinglichen Rechts. Vgl. die ausführliche Darstellung der Gegenposition bei Kass, S. 266 m.w.N.

3) Vgl. zu diesem Sachkomplex Hellwig, S. 332, und Stein-Jonas-Pohle, a.a.O., die sich gegen das Bestehen einer gesetzlichen Prozeßstandschaft aussprechen; vgl. zur Gegenansicht statt vieler Henckel, Parteilehre, S. 46 f.; Kass, S. 237 ff.; Jauernig, § 22 II 3; Rosenberg-Schwab, § 46 II 2, jeweils m.w.N.

4) s. hierzu einerseits die ablehnende Ansicht von Stein-Jonas-Pohle, a.a.O., und Wieczorek, § 50 G I b 1, andererseits die befürwortende Meinung von Henckel, a.a.O., S. 110, und Rosenberg-Schwab, a.a.O.

Person verbunden ist. Folge dieses privaten Interesses ist die Einräumung der Prozeßführungsbefugnis, ohne daß die klagende Person eigentlicher Träger des geltend gemachten Rechts wird. Der Zweck der oben angeführten Normen, das private Recht auch prozessual zu schützen, macht daher erforderlich, das materielle Privatrecht und die hieraus abgeleitete Prozeßführungsbefugnis gemeinsame Wege gehen zu lassen.¹⁾

Eine besondere Stellung innerhalb der gesetzlichen Prozeßstandschaft nimmt die Regelung der Prozeßführungsbefugnis nach Veräußerung der streitbefangenen Sache gem. § 265 II ZPO ein.²⁾ Während der Kläger zunächst ausschließlich um ein eigenes Recht prozessiert, bleibt ihm nach dieser Vorschrift sein Prozeßführungsrecht im Falle der Veräußerung der Sache bzw. der Abtretung des Rechts erhalten, womit er nunmehr ein fremdes Recht als Prozeßstandschafter geltend macht.

Die Norm des § 265 II ZPO erhält der gegnerischen Partei die bisherigen prozessualen Ergebnisse und ändert seine prozessuale Lage nicht allein durch die Übertragung des umstrittenen Rechts auf eine andere Person.³⁾ Andernfalls wäre es einer Partei durch Veräußerung oder Abtretung möglich, sich dem Prozeßrechtsverhältnis zu entziehen⁴⁾, während die Gegenpartei ihr Recht gerichtlich u.U. nicht mehr verfolgen könnte. Gegenüber dieser Verhaltensweise wären die Gerichte weitgehend machtlos; sie würden ständig mit neuen Prozessen konfrontiert, ohne dabei ihrer Aufgabe, durch eine verbindliche Entscheidung Klarheit hinsichtlich der materiellen Rechtslage zu schaffen, gerecht zu werden. Die Prozeßstandschaft des bisherigen Rechtsinhabers und die Erstreckung der subjektiven Rechtskraft auf den Rechtsnachfolger sind daher Ergebnis grundsätzlicher Überlegungen des Gesetzgebers zur

1) Im Ergebnis ebenso Wunderlich, S. 171 ff.

2) Zu ähnlichen Regelungen im ausländischen Recht vgl. Wunderlich, S. 160.

3) Kass, S. 153.

4) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 265, Anm. 3 B.

Rechtsverfolgung vor den staatlichen Gerichten. Eine solche Regelung verhindert, daß das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtsprechung gestört wird. Sie ist daher im inländischen Verfahren trotz Anwendung fremden Sachrechts zu beachten.¹⁾

Unabhängig von der Prozeßstandschaft gem. § 265 II ZPO selbst ist die Beurteilung, welche Rechtsordnung darüber zu befinden hat, ob die streitbefangene Sache wirksam veräußert bzw. der geltend gemachte Anspruch wirksam abgetreten wurde. Hierbei handelt es sich um eine rein materiellrechtliche Bewertung, die allein von der lex causae vorgenommen werden kann.²⁾ Der Gerichtsstaat kann nicht einerseits einen Sachverhalt nach ausländischem materiellen Recht behandeln, andererseits jedoch zur Feststellung der Prozeßführungsbe fugnis die Verweisung der Kollisionsnorm auf die fremde Rechtsordnung teilweise umgehen. Der inländische Gesetzgeber macht durch die Regelung in § 265 II ZPO deutlich, daß es ihm darauf ankommt, den Prozeß nach Wechsel der Rechtsinhaberschaft nicht zu unterbrechen, sondern die Wirkungen fortbestehen zu lassen. Es ist kein zwingendes prozessuales Interesse erkennbar, das die Frage der wirksamen Rechtsübertragung auf eine andere Person von der inländischen Rechtsordnung beantwortet wissen will.

3. Die gewillkürte Prozeßstandschaft

Die gewillkürte Prozeßstandschaft ermöglicht einer Person auf Grund einer Ermächtigung durch den Rechtsinhaber, ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend zu machen.³⁾ Über die Voraussetzungen für das Vorliegen der gewillkürten Pro-

1) So auch Riezler, S. 427 f.; Fragistas, Festschr. f. Lewald, S. 471 (483); Stein-Jonas-Pohle, vor § 50 II 3; Wunderlich, S. 160, die ihre Ansicht allerdings allein auf den prozessualen Charakter dieser Vorschrift stützen.

2) Soergel-Kegel, vor Art. 7, Rdnr. 250; Schnitzer, S. 656 ff.; Wunderlich, a.a.O.

3) Grunsky, Grundlagen, S. 261; Kass, S. 319 f.; Rosenberg-Schwab, § 46 III 1.

zeßstandschaft sowie ihrer Zulässigkeit überhaupt besteht im einzelnen Streit.

Die weitestgehende Meinung in der Literatur zweifelt die Zulässigkeit und Erforderlichkeit der gewillkürten Prozeßstandschaft schlechthin an.¹⁾ Demgegenüber bejaht eine weitere Mindermeinung in der Literatur die Möglichkeit der gewillkürten Prozeßstandschaft, wobei sie die Ermächtigung zur Prozeßführung allein mit der Begründung ausreichen läßt, daß der Rechtsträger nach materiellem Recht die Möglichkeit habe, eine dritte Person gem. § 185 BGB dahingehend zu ermächtigen, daß diese im eigenen Namen verfügen könne, ohne ein Eigeninteresse nachgewiesen zu haben; mithin seien diese Grundsätze auch im Prozeßrecht zu beachten.²⁾ Die h.M. in Lit. u. Rspr.³⁾ betont hingegen, der Prozeßstandschafter müsse zusätzlich ein eigenes schutzbedürftiges Interesse daran haben, ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend zu machen.⁴⁾

-
- 1) Vgl. zur älteren Literatur die Nachweise bei Henckel, Parteilehre, S. 109; zum gegenwärtigen Stand Rosenberg-Schwab, § 46 III, und insbesondere Frank, a.a.O., S. 321 ff.: Dieser weist darauf hin, daß weder eine abschließende Definition des schutzwürdigen Interesses gelinge (S. 336 ff.), noch die gewillkürte Prozeßstandschaft allein auf eine Ermächtigung gestützt werden könne, da ein Vergleich der Inkassozeession mit der Prozeßführungsermächtigung nicht möglich sei (S. 338 f.). Außerdem sei das Institut der gewillkürten Prozeßstandschaft weder zweckmäßig noch notwendig (S. 340 ff.). Diese Problematik soll hier trotz zum Teil einleuchtender Argumente nicht weiter vertieft werden, da die ganz h.M. in Lit. u. Rspr. die Zulässigkeit dieses Rechtsinstituts bejaht, und die Gerichte sich folglich mit seiner Berücksichtigung im Falle der Auslandsberührung auseinandersetzen müssen.
 - 2) So Grunsky, a.a.O., S. 262 f.; Lüke, ZJP 76 (1963), 1 (29 ff.); Rosenberg, JZ 1952, 137 f.; Rüßmann, AcP 172 (1972), 520 (554); Wieser, S. 117 ff.
 - 3) RGZ 91, 390 (397); 166, 218 (238); BGHZ 4, 153 (164 f.); 25, 251 (259 f.); 35, 180 (182 ff.); 38, 281 (283); 48, 12 (15); Henckel, Parteilehre, S. 108 ff. (112); Rosenberg-Schwab, § 46 III 1; Stein-Jonas-Leipold, 20. Aufl., vor § 50 IV, Rdnr. 41.
 - 4) Die Definitionen des Eigeninteresses weichen im einzelnen voneinander ab; vgl. hierzu Frank, a.a.O., S. 336 f.

Der Gesetzgeber knüpft an die Trägerschaft eines materiell-rechtlichen Interesses die wesentlichen Parteifunktionen. Nur ein schutzwürdiges Interesse ist dazu geeignet, eine Beziehung zwischen dem Prozeßgegenstand und der Partei herzustellen, womit die Möglichkeit eines Rechtsstreits eröffnet wird und die Prozeßführung der Willkür der Beteiligten entzogen bleibt.¹⁾ Folglich kann auch bei der gewillkürten Prozeßstandschaft auf ein eigenes schutzwürdiges Interesse nicht verzichtet werden; andernfalls würden die gesetzlichen Grundlagen der Prozeßführungsbefugnis verlassen²⁾, da gegen den Willen des Gesetzgebers unkontrolliert Prozeßrechtsverschiebungen möglich wären. Die Ermächtigung des Rechtsträgers sowie insbesondere das Erfordernis eines schutzwürdigen Interesses seitens des Prozeßstandschafters stellen somit wesentliche prozeßordnende Faktoren dar. Das Institut der gewillkürten Prozeßstandschaft bleibt mithin als öffentliches Recht der Regelung durch die lex fori vorbehalten. Auch wenn etwa das italienische, französische, schweizerische oder österreichische Recht dieses Prozeßinstitut aus beachtlichen Gründen nicht zulassen³⁾, ist bei Anwendung dieser ausländischen Rechtsordnungen durch ein deutsches Gericht die Möglichkeit gegeben, ein fremdes Recht im eigenen Namen auf Grund einer Ermächtigung geltend zu machen, sofern die Voraussetzungen nach inländischem Recht gegeben sind.⁴⁾

Möglicherweise wird die Frage, inwieweit eine Ermächtigung überhaupt zulässig ist, jedoch von der lex causae bestimmt, wenn es sich hierbei um ein Problem des materiellen Rechts handelt. Bedeutsam wird ihre Beantwortung z.B. dann, wenn nach dem anzuwendenden ausländischen Recht ein Anspruch unabtretbar ist, während die Abtretung von der lex fori erlaubt wird.

1) Henckel, a.a.O., S. 112.

2) Henckel, a.a.O.

3) Vgl. hierzu ausführlich Frank, a.a.O., S. 349 ff.; ferner Fragistas, a.a.O., S. 474 f.

4) Im Ergebnis ebenso Wunderlich, S. 167, der als Begründung die "grundsätzliche Bedeutung" der gewillkürten Prozeßstandschaft anführt; außerdem Fragistas, a.a.O., S. 482; Stein-Jonas-Pohle, vor § 50, Anm. II 7.

Die Prozeßführungsermächtigung ist entgegen der oben zitierten Ansicht ¹⁾ nicht wie die materiellrechtliche Einziehungsermächtigung gem. § 185 BGB zu behandeln, da beide Rechtsinstitute sich in einem wesentlichen Punkt voneinander unterscheiden: Die Einziehungsermächtigung bringt eine Veränderung der Leistungsrichtung mit sich, da der Dritte Leistung an sich, nicht aber an den Rechtsinhaber begehrt, er also materiell zur Einziehung berechtigt ist.²⁾ Demgegenüber hat die Ermächtigung zur Prozeßführung lediglich Einfluß auf die klagende Person im Prozeß, regelt also das Verhalten vor Rechtspflegeorganen, ohne Auswirkungen auf die materielle Rechtsposition der Beteiligten zu zeigen. Als prozessualer Bestandteil, der in das öffentlichrechtliche Institut der Prozeßstandschaft integriert ist, unterliegt sie allein der lex fori ³⁾, so daß ausländisches Recht insgesamt keine Berücksichtigung bei der Beurteilung der gewillkürten Prozeßstandschaft finden kann.

VI. Prozeß- und Parteifähigkeit

Die Prozeßfähigkeit verleiht der Partei das Recht, einen Prozeß selbst zu führen bzw. durch einen gewillkürten Vertreter führen zu lassen.⁴⁾ Sie beinhaltet die Befähigung, an einem Verfahren teilnehmen und einzelne Prozeßhandlungen vornehmen zu dürfen.

Nach h.M. entscheidet über die Prozeßfähigkeit die lex fori. Im deutschen Recht finde sich keine Kollisionsnorm, die eine Regelung hinsichtlich dieser Prozeßvoraussetzung treffe; Art. 7 I EGBGB enthalte lediglich eine Regelung bzgl. der Rechtsfähigkeit. Daher könnten ausschließlich §§ 51, 52 ZPO Anwendung finden, worin die Abhängigkeit der Prozeßfähigkeit

1) Fußn. 2), S. 78.

2) Frank, a.a.O., S. 335.

3) Ebenso Wunderlich, S. 166; Fragistas, a.a.O., S. 483.

4) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 51, Anm. 1; Grunsky, Grundlagen, S. 219.

von der Geschäftsfähigkeit zum Ausdruck komme. Die Geschäftsfähigkeit müsse als selbständig anzuknüpfende Vorfrage gem. Art. 7 I EGBGB beurteilt werden.¹⁾

Die Gegenansicht ²⁾ gründet sich auf § 55 ZPO, wonach die Prozeßfähigkeit eines Ausländers von seinem Heimatrecht bestimmt wird, diese Vorschrift setze das Bestehen einer Kollisionsnorm voraus, die in Art. 7 I EGBGB zu finden sei. Aus § 55 ZPO ergebe sich für das Gericht die Aufgabe, die Frage nach der Prozeßfähigkeit eines Ausländers unabhängig von seiner Geschäftsfähigkeit zu stellen. Dabei komme es zunächst nicht darauf an, ob der Ausländer auch im Inland als prozeßfähig anzusehen wäre. Erst wenn die Prozeßfähigkeit nach der *lex patriae* verneint werden müsse, sei zu prüfen, inwieweit sie ihm nach dem Recht der *lex fori* zustehe.

Gem. §§ 51, 52 ZPO hängt die Prozeßfähigkeit von der Geschäftsfähigkeit ab. Es handelt sich damit um eine dem materiellen Privatrecht entsprechende prozessuale Regelung ³⁾, d.h. die Möglichkeit, einen Prozeß zu führen, ist abhängig davon, ob der einzelne allgemein zulässige Rechtsgeschäfte verantwortlich vornehmen kann; er wird prozessual dadurch geschützt, daß er die hieraus erwachsenden Rechte vor Gericht selbst geltend machen kann. Die Abhängigkeit des prozessualen Schutzes vom materiellen Recht spricht bereits dafür, die Prozeßfähigkeit als Prozeßvoraussetzung, die dem privaten Rechtsbereich zuzuordnen ist, nicht von der *lex fori* bestimmen zu lassen.⁴⁾

Die Sachrechtsabhängigkeit zeigt sich besonders bei einer Untersuchung der entsprechenden ausländischen Vorschriften.

1) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 55, Anm. 1; Riezler, S. 420; Stein-Jonas-Pohle, § 55, Anm. I 1; BGH JZ 1956, 535 m. abl. Anm. Neuhaus; IPG 1972, 408 (411), Nr. 41 (Köln).

2) Pagenstecher, ZJP 64 (1950/51), 249 (276 ff.); Rosenberg-Schwab, § 44 I; Soergel-Kegel, Art. 7, Rdnr. 9; Stein-Jonas-Leipold, 20. Aufl., § 55, Rdnr. 1.

3) Stein-Jonas-Leipold, 20. Aufl., § 51, Rdnr. 1.

4) Vgl. auch Neuhaus, a.a.O., S. 237 f.

Das englische ¹⁾ und das italienische ²⁾ Recht regeln die Geschäftsfähigkeit, ohne ein eigenes prozessuales Korrelat geschaffen zu haben. Nach italienischem Recht ist eine Person selbst dann geschäftsfähig, wenn die Geschäftsfähigkeit nach der *lex patriae* nicht gegeben wäre.³⁾ Auch die französische Rechtsordnung gebraucht als einheitliche Formulierung lediglich den Begriff "*capacité*" ⁴⁾, der sowohl die Prozeß- als auch die Geschäftsfähigkeit beinhaltet. In den genannten Rechtsordnungen hängen die prozessualen Kriterien also nicht nur vom materiellen Recht ab, sondern werden synonym verwendet.

Der Wortlaut des § 55 ZPO ist eindeutig: Die Vorschrift kann nur so verstanden werden, daß auf Grund einer Kollisionsnorm zunächst die *lex patriae* über die Prozeßfähigkeit zu entscheiden hat und erst sekundär das deutsche Recht zur Anwendung kommen soll. Diese Norm wird jedoch von der h.M., die sich allein auf den Wortlaut der §§ 51, 52 ZPO sowie Art. 7 I EGBGB beruft, mißachtet.

Setzt § 55 ZPO einerseits voraus, daß eine Kollisionsnorm bezüglich der Prozeßfähigkeit auf ausländisches Recht verweist, findet die Prozeßfähigkeit aber andererseits im inländischen Recht ihre verfahrensrechtliche Entsprechung zur materiellrechtlichen Geschäftsfähigkeit, kommt als Verweisungsnorm allein Art. 7 I EGBGB in Betracht. Der Begriff der Geschäftsfähigkeit in dieser Vorschrift schließt somit die Prozeßfähigkeit ein. Aus diesem Grunde bestimmt zunächst allein die *lex patriae* über das Vorliegen dieser Prozeßvoraussetzung: Die *lex fori* findet erst Beachtung, wenn ein Ausländer nach seinem Heimatrecht prozeßunfähig ist.

Gem. § 50 ZPO ist parteifähig, wer rechtsfähig ist. Damit knüpft auch die Parteifähigkeit im deutschen Recht an eine

1) Vgl. hierzu Lenz, S. 25; Riezler, S. 426.

2) Art. 17 C.c. Disposizioni sulla legge in generale; hierzu Riezler, S. 424 f.

3) Zu den wenigen Ausnahmen bei Familien- u. erbrechtlichen Angelegenheiten vgl. Riezler, a.a.O.

4) Art. 3 III C.c.; s. auch Riezler, a.a.O.; Lenz, a.a.O.

materiellrechtliche Voraussetzung an.

Die Rechtsfähigkeit ist in einer Kollisionsnorm nicht ausdrücklich geregelt. Da zu den "rechtserheblichen Fähigkeiten" ¹⁾ neben der Geschäftsfähigkeit auch die Rechtsfähigkeit zu zählen ist, wird heute allgemein davon ausgegangen, daß Art. 7 I EGBGB auch die Rechtsfähigkeit einbeziehe. ²⁾

Wie bei der Beurteilung der Prozeßfähigkeit wird auch bzgl. der Parteifähigkeit auf den prozessualen Charakter verwiesen, womit allein die lex fori für ihre Beurteilung zuständig sei. Da gem. § 50 I ZPO die Parteifähigkeit jedoch von der Geschäftsfähigkeit abhängt, sei gem. Art. 7 I EGBGB auch die Rechtsfähigkeit als selbständige Vorfrage nach der lex patriae zu prüfen. ³⁾

Es fehlt zwar an einer dem § 55 ZPO entsprechenden Vorschrift, die das Bestehen einer Kollisionsnorm auch bzgl. der Parteifähigkeit voraussetzt. Die Ableitung der Parteifähigkeit aus der Rechtsfähigkeit macht jedoch deutlich, daß derjenige, der Träger von Rechten und Pflichten ist, auch in der Lage sein soll, gegen Beeinträchtigungen Rechtsschutz zu begehren, die seine Rechtsposition bedrohen, bzw. daß andererseits Rechtsschutz gegen ihn begehrt wird, wenn er die Rechte anderer verletzt. Die Inhaberschaft einer bestimmten Rechtsposition bedingt folglich einen Anspruch des einzelnen auf Schutz der sich hieraus ergebenden Rechte und spricht für den privatrechtlichen Charakter dieser Prozeßvoraussetzung. Diese Zweckverfolgung schließt aus, die lex fori über die Parteifähigkeit bestimmen zu lassen; folglich

1) Pagenstecher, a.a.O., S. 260.

2) Vgl. statt aller Pagenstecher, a.a.O.; Rosenberg-Schwab, § 43 I 2; Soergel-Kegel, Art. 7, Rdnr. 3; Stein-Jonas-Leipold, 20. Aufl., § 50, Rdnr. 35.

3) Riezler, S. 414 f.; wohl auch Stein-Jonas-Pohle, § 50, Anm. VI 1.

kann Art. 7 I EGBGB auch als direkte Verweisungsnorm für die Parteifähigkeit angesehen werden.¹⁾

BGH NJW 1969, 188; BGH NJW 1960, 1204 = LM Nr. 13 zu § 50 ZPO; BGHZ 40, 197 (199); Pagenstecher, a.a.O., S. 249 ff.; Rosenberg-Schwab, § 43 I 2; Soergel-Kegel, vor Art. 7, Rdnr. 160, Art. 7, Rdnr. 3; Stein-Jonas-Leipold, 20. Aufl., § 50, a.a.O.; auch Neuhaus, a.a.O., S. 237 f., Niederländer, a.a.O., S. 51, und Grunsky, ZJP 89 (1976), 258, lassen die lex fori nicht über die Parteifähigkeit entscheiden.

IV. T E I L

DIE ANWENDUNG INLÄNDISCHEN UND AUSLÄNDISCHEN VERFAHRENS- RECHTS IN DER FREIWILLIGEN GERICHTSBARKEIT

Die Problematik der Anwendbarkeit ausländischen Verfahrensrechtes hebt sich in der freiwilligen Gerichtsbarkeit in mancherlei Hinsicht von der streitigen Gerichtsbarkeit ab, wie die anschließenden Ausführungen zeigen. In Literatur und Rechtsprechung sind daher Abweichungen gegenüber den herkömmlichen Abgrenzungsmethoden festzustellen, die sich insbesondere im Gleichlaufprinzip sowie in einem besonderen Anpassungsverfahren darstellen. Die Auseinandersetzung mit diesen Methoden soll Aufschluß darüber bringen, ob in der freiwilligen Gerichtsbarkeit von der oben entwickelten These der grundsätzlichen Berücksichtigung fremden Verfahrensrechts mit Privatrechtscharakter abgewichen werden muß.

1. Kapitel:

Das Gleichlaufprinzip im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Nach der Theorie vom Gleichlauf ist die deutsche internationale Zuständigkeit nur dann gegeben, wenn auch das dazugehörige deutsche Sachrecht Geltung beanspruchen kann.¹⁾ Das Gleichlaufprinzip vermeidet also die Anwendung ausländischen Verfahrensrechts und verzichtet gleichzeitig bei Maßgeblichkeit fremden Sachrechts stets auf die Verfahrensgestaltung nach deutschem Recht. Es soll untersucht werden, ob sich die Berücksichtigung des Gleichlaufs möglicherweise auf allen Gebieten der freiwilligen Gerichtsbarkeit verfolgen läßt, da hiermit die Beachtung ausländischen Verfahrensrechts schlechthin nicht möglich wäre.

1) Statt aller Kegel, IPR, S. 464 f.

I. Stellung der Rechtsprechung zur Gleichlauftheorie

Die Rechtsprechung vertritt die Theorie des Gleichlaufs bis in die heutige Zeit auf dem Gebiet der Nachlasssachen.^{1) 2)}

Für nur kurze Zeit wurde ihr zusätzlich auf dem Gebiet der Vormundschaftssachen gefolgt, konnte sich hier jedoch nicht durchsetzen.³⁾

Begründet wurde die Begrenzung der internationalen Zuständigkeit mit § 73 FGG, wonach die Zuständigkeit des deutschen Gerichtes nur gegeben sei, wenn es sich um den Nachlaß eines Deutschen handle bzw. der Nachlaß eines Ausländers deut-

- 1) Das Aufgabenfeld des Gerichts im Bereich der Nachlasssachen ist vielfältig. Die wesentlichen Tätigkeiten sind: Von Amts wegen hat das Nachlaßgericht etwa die Sicherung des Nachlasses anzuordnen (§ 1960 BGB), einen Testamentvollstrecker zu ernennen (§ 2200 BGB), für die Eröffnung eines Testaments oder Erbvertrages Sorge zu tragen (§§ 2260 ff., 2273, 2300, 2300 a BGB), einen Erbschein, ein Testamentvollstreckerzeugnis oder ähnliche Zeugnisse einzuziehen und für kraftlos zu erklären (§§ 2361, 2368, 1507 BGB, §§ 36, 37 GBO). Auf Antrag hat das Gericht z.B. einen Nachlaßpfleger zu bestellen (§ 1961 BGB), die Nachlaßverwaltung anzuordnen (§§ 1981, 1983 BGB), einen Erbschein oder ein Testamentvollstreckerzeugnis zu erteilen (§§ 2353, 2368, 2369 BGB) oder den Pflichtteilsanspruch zu stunden (§ 2331 a BGB). Des weiteren nimmt das Nachlaßgericht etwa die Erklärungen über die Erbschaftsausschlagung (§ 1945 BGB), die Anfechtung von Testament oder Erbvertrag (§§ 2081, 2281 BGB), die Anzeige des Eintritts der Nacherbschaft (§ 2146 BGB) oder Erklärungen des Testamentvollstreckers gem. §§ 2202, 2226 BGB entgegen (vgl. zum gesamten Aufgabenbereich des Nachlaßgerichts Keidel-Kuntze-Winkler, vor §§ 72 - 99, RdNr. 1 ff.).
- 2) Zusätzlich hat es jedoch stets Einschränkungen im Sinne der Gleichlauftheorie auch auf anderen Gebieten der freiw. Gerichtsbarkeit gegeben. So wird z.B. zur Wahrnehmung der intern. Zuständigkeit vorausgesetzt, daß der Heimatstaat keine ausschließliche Zuständigkeit beanspruchen dürfe (so etwa BayObLG 22.3.1957, BayObLGZ 1957, 118 (123)) bzw. das ausländische Recht dem Erlaß von Gestaltungsakten zustimme (so etwa OLG Hamm 19.12.1968, NJW 1969, 373 (374)).
- 3) Noch KG 15.10.1908, KGJ 37, A 32, und zuletzt KG 7.2.1913, KGJ 44, A 28, bejahen die regelmäßige Unzuständigkeit zur Regelung des Verkehrs ausländischer Gatten mit ihren Kindern, bereits KG 17.4.1914, KGJ 46, A 27 (33), geht jedoch von genau der entgegengesetzten Annahme aus. S. aus der neueren Rechtsprechung auch OLG Hamm, a.a.O.

dung in den Entscheidungen erfolgte.¹⁾

Vom starren Dogma des Gleichlaufs weicht allerdings das BayObLG in seiner Entscheidung vom 26.5.1961 ab. Es meldet zunächst Zweifel dahingehend an, ob nicht dieser Grundsatz überhaupt nur für Ausländer zu gelten habe, weil die Anknüpfung an die deutsche Staatsangehörigkeit genügen müsse, um die Zuständigkeit deutscher Gerichte zu bejahen. Damit wären die deutschen Gerichte grundsätzlich für die Behandlung von Nachlässen deutscher Staatsangehöriger zuständig, unabhängig von der Anwendung fremden oder eigenen materiellen Rechts.²⁾ Interessant ist vor allem die erstmalige vorsichtige Rechtfertigung der Gleichlauftheorie mit der engen Verknüpfung zwischen Sach- und Verfahrensrecht in Nachlaßsachen³⁾, womit sich eine Wende in der Argumentation der Rechtsprechung abzeichnet.

Von der Verfolgung des strengen Gleichlaufs nimmt dann das BayObLG⁴⁾ insoweit Abstand, als es zwar unter Hinweis auf frühere Entscheidungen und Literaturmeinungen weiterhin von diesem Grundsatz ausgeht, die internationale Zuständigkeit aber bejahen will, wenn das Ausland gleiche oder ähnliche Maßnahmen wie das Inland kennt. Das Gericht behandelt im konkreten Fall die Inventarerrichtung nach italienischem Recht und lehnt seine internationale Zuständigkeit ab, weil kein unmittelbarer Zusammenhang mit der Erteilung des beschränkten Erbscheins gem. § 2369 BGB bestehe. Gleichzeitig nimmt es aber für sich die Gegebenheiten des Fürsorgebedürfnisses und der Notzuständigkeit in Anspruch, da im zu behandelnden

1) So etwa OLG Neustadt 25.5.1951, JZ 1951, 644; ebenso BayObLG 27.3.1956, BayObLGZ 1956, 119 (121), wo allerdings hervorgehoben wird, daß die Anwendung des § 73 III FGG die Bejahung der internationalen Zuständigkeit eines deutschen Gerichtes voraussetze.

2) BayObLGZ 1961, 176 (178). Hiervon gehen bereits das KG in seiner Entscheidung vom 4.2.1937, KGJFG 15, 78, und Staudinger-Firsching, § 2353, Rdnr. 36, aus. Das BayObLG läßt diese Frage hier offen, da es über den Nachlaß eines Sudetendeutschen zu befinden hat und sich hier ohnehin für zuständig erklärt (vgl. hierzu näher unten S. 104 ff.).

3) a.a.O., S. 178.

4) BayObLG 2.12. 1965, NJW 1967, 447.

Falle mangels ausländischer Zuständigkeit eine Rechtsverweigerung zu befürchten sei, die zu einer Durchbrechung des Gleichlaufgrundsatzes führen müsse.¹⁾

Das Gericht wendet sich jedoch auch in seinen weiteren Entscheidungen nicht vom Gleichlaufprinzip ab, sondern erkennt es weiterhin als allgemeinen Rechtsgrundsatz an.²⁾ Hierbei schließt es sich der Argumentation Heldrichs an³⁾, der ein legitimes Interesse an der Befolgung des Gleichlaufprinzips bejaht, da ein enger Zusammenhang zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht in Nachlaßangelegenheiten bestehe.⁴⁾

II. Stellung des Schrifttums zur Gleichlauftheorie

Ein strenger Gleichlauf dahingehend, daß die Anwendbarkeit ausländischen materiellen Rechts ohne Ausnahme die Verneinung der inländischen internationalen Zuständigkeit bedingt, wird heute auch von der Literatur nicht mehr vertreten.⁵⁾ Dennoch wird das Gleichlaufprinzip zumindest im Nachlaßverfahren z.T. als allgemeiner Rechtsgrundsatz verstanden, der nach Ansicht einiger Autoren offensichtlich keiner besonderen Begründung mehr bedarf.⁶⁾ Überwiegend dient als Argument jedoch auch hier der kaum auflösbare Zuschnitt des Verfahrensrechts auf das materielle Recht⁷⁾; die enge Verknüpfung

1) a.a.O., S. 448.

2) BayObLG 22.6.1976, BayObLGZ 1976, 151.

3) a.a.O., S. 156.

4) Heldrich, S. 213, äußert wegen der Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen materiellem Erbrecht und Erbverfahrensrecht lediglich Verständnis für ein solches Vorgehen der Gerichte, ohne ein Verfechter der Gleichlauftheorie zu sein.

5) Anders noch Reu, S. 87 f.; Swoboda, § 29. Seine Sympathie für den Gleichlauf bekundet auch Dölle, RabelsZ 27 (1962/63), 201 (215), indem er den Grundsatz als heuristisches Prinzip bezeichnet.

6) So Schlegelberger, § 73, Anm. 2; Erman-Marquardt, Art. 24, 25, Rdnr. 49; Keidel-Kuntze-Winkler, § 73, Anm. 19; Jansen, § 73, Rdnr. 26.

7) Lange-Kuchinke, S. 46; Ferid-Firsching, Intern. ErbR. I, Deutschland, Rdnr. 60; Markovic, S. 143 f.; Soergel-Kegel, vor Art. 24 EGBGB, Anm. 56; Dölle, a.a.O., S. 234 f.

sei in diesem Rechtsgebiet so stark, daß es nahezu unmöglich sei, eine einwandfreie Qualifikation vorzunehmen, so daß eine arteigene Lösung zu entwickeln sei, um dieser Problematik Herr zu werden.¹⁾ Hierbei sei der Gleichlaufgrundsatz aus verfahrensrechtlicher Sicht ein vertretbarer Ordnungsgesichtspunkt.²⁾

Die Befolgung dieses Grundsatzes wird in der Literatur jedoch nicht ausschließlich auf dem Sektor des Nachlaßverfahrens verteidigt. Die internationale Zuständigkeit wird insbesondere bei der Volljährigkeitserklärung³⁾ sowie der Befreiung vom Erfordernis der Ehemündigkeit abgelehnt.⁴⁾ Eine Begründung wird z.T. offenbar nicht für erforderlich gehalten, die Befolgung des Gleichlaufgrundsatzes in dieser Frage als selbstverständlich angesehen.⁵⁾ Andererseits wird darauf hingewiesen, daß mit einer Anerkennung vom Heimatstaat in der Regel nicht zu rechnen sei, da einem derartigen Gestaltungsakt weitreichende Wirkung zukomme.⁶⁾ Jansen verweist auf den anzustrebenden Entscheidungseinklang⁷⁾ und unterwirft all jene rechtsgestaltende Entscheidungen dem Gleichlauf, die eine Veränderung des Status einer Person bewirken. Er nennt zusätzlich zur Volljährigkeitserklärung und der Befreiung vom Ehemündigkeitserfordernis die Befreiung von Eheverboten sowie die Ehelicherklärung.⁸⁾

1) Dölle, a.a.O., S. 203 f.

2) Lange-Kuchinke, a.a.O.

3) So etwa Firsching, IPR, S. 98; ders., Familienrecht, S. 367; Jansen, § 56, Rdnr. 4; Keidel-Kuntze-Winkler, § 56, Rdnr. 2; Soergel-Kegel, Art. 7, Rdnr. 23; a.A. Staudinger-Beitzke, Art. 7, Rdnr. 86 ff.

4) Keidel-Kuntze-Winkler, § 56, Rdnr. 8; Jansen, § 1, Rdnr. 140; Firsching, IPR, a.a.O.

5) So Firsching, Familienrecht, S. 367, für die Volljährigkeitserklärung; Keidel-Kuntze-Winkler, a.a.O., bzgl. der Befreiung vom Erfordernis der Ehemündigkeit.

6) So Firsching an anderer Stelle, IPR, S. 98, bzgl. Volljährigkeitserklärung und Emanzipation.

7) Jansen, a.a.O. Hierauf berufen sich u.a. auch Dölle, a.a.O., S. 215; H. Müller, Intern. Zust., S. 187; Neuhäus, Grundbegriffe, S. 421; ders., NJW 1967, 1168.

8) Jansen, a.a.O.

Auch hier zeichnet sich jedoch der Wille ab, die straffe Anwendung des Prinzips nach und nach zu lockern. Hierfür werden unterschiedliche Kriterien als Maßstab vorgeschlagen. So wird das dringende Fürsorgebedürfnis von Nachlaßberechtigten oder Nachlaßgläubigern anerkannt, das die Bejahung der internationalen Zuständigkeit notwendig mache.¹⁾ Bringe die Ablehnung der internationalen Zuständigkeit eine Rechtsverweigerung mit sich, so sei die Annahme einer Notzuständigkeit erforderlich.²⁾ Die Befolgung des Gleichlaufgrundsatzes sei ferner dann entbehrlich, wenn auch das Recht des maßgeblichen Sachstatuts die gleichen verfahrensrechtlichen Maßnahmen treffe wie das deutsche.³⁾ Nach weitergehender Ansicht soll hierfür die Ähnlichkeit des ausländischen und inländischen Verfahrensrechts ausreichen.⁴⁾ Kegel geht sogar so weit, das Gleichlaufprinzip bei Verträglichkeit von inländischem Verfahrensrecht und ausländischem Sachrecht zu verneinen, wobei die Ähnlichkeit des inländischen mit dem ausländischen Verfahrensrecht unbedeutend sei.⁵⁾

III. Kritische Würdigung der Argumente

1. Verpflichtung des Staates zur Gewährleistung von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden

Ein deutscher Staatsbürger, der seinen ständigen Aufenthaltsort im Inland hat, ist daran interessiert, Rechtsschutz bzw. Rechtsfürsorge innerhalb dieses Staates zu erlangen.⁶⁾ Der

1) Soergel-Kegel, vor Art. 24, Rdnr. 64; Ferid-Firsching, a.a.O.; Dölle, a.a.O.; Jansen, a.a.O.; Lange-Kuchinke, a.a.O.; Markovic, S. 144 f.

2) Dölle, a.a.O.; Ferid-Firsching, a.a.O.

3) So Vischer, S. 79.

4) Lewald, S. 328 ff.; Pinckernelle-Spreen, DNotZ 1967, 195 (197); Wolff, S. 235; Neuhaus, JZ 1951, 646, der wie viele gleichzeitig die Billigung durch das Auslandsstatut fordert.

5) Soergel-Kegel, vor Art. 24 EGBGB, Rdnr. 57.

6) Heldrich, S. 205.

Staat muß demgemäß bestrebt sein, in seinem Bereich Rechtsfrieden und Rechtssicherheit zu wahren. Dieser Aufgabe wird er jedoch nicht gerecht, wenn er in einem Teilbereich seine Zuständigkeit ohne erkennbaren Grund von der Anwendbarkeit seines eigenen Sachrechts abhängig macht. Er muß daher auf Unverständnis stoßen und verletzt das private Interesse seines Staatsbürgers ¹⁾, der trotz mannigfacher Bindungen zu diesem Staat sein Recht hier nicht verfolgen kann, obwohl dies bei vergleichbaren Konstellationen in anderen Rechtsgebieten möglich wäre.

Betroffen ist darüber hinaus aber auch der Ausländer, der z.B. seinen ständigen Wohnsitz im Inland hat und seine Rechte nur vor ausländischen Gerichten durchsetzen kann. Dies mag folgendes Beispiel verdeutlichen:²⁾

Ein japanischer Kaufmann stirbt in Hamburg, wo er die letzten Jahrzehnte seines Lebens zusammen mit seiner gesamten Familie verbracht und auch seinen letzten Wohnsitz hatte. Zum Zeitpunkt seines Todes befindet sich sein gesamtes Vermögen in Hamburg. Gem. Art. 25 des jap. Gesetzes über die Anwendung der Gesetze richtet sich die Erbfolge ebenso wie gem. deutschem Kollisionsrecht (Art. 25 EGBGB) nach japanischem materiellen Recht. Das hamburgische Gericht müßte sich bei Befolgung des Gleichlaufgrundsatzes der Mitwirkung bei der Nachlaßabwicklung enthalten. Die Verneinung der deutschen internationalen Zuständigkeit zeigt in diesem Falle zwei Probleme auf. Zum einen wäre es dem japanischen Gericht ohne Mitwirkung des deutschen Nachlaßgerichts kaum möglich, die für die Nachlaßabwicklung erforderlichen tatsächlichen Feststellungen zu treffen. Zum anderen würden die Angehörigen des Erblassers, die in Deutschland ihren alleinigen Wohnsitz haben, gezwungen, ihr Recht in einem Staat zu suchen, zu dem sie u.U. keine Beziehungen mehr haben. Die Rechtsverfolgung würde für sie somit einen unverhältnismäßig hohen Aufwand bedeuten. Das inländische Nachlaßgericht muß hier auf Grund

1) Heldrich, a.a.O.

2) Vgl. hierzu Heldrich, a.a.O.

des Fürsorgebedürfnisses der Rechtsuchenden bemüht sein, seine internationale Zuständigkeit zu bejahen. Die Verflechtung von materiellem und prozessualen Recht darf kein Grund sein, durch die Verweisung an das ausländische Gericht eine Situation zu schaffen, die einer Rechtsverweigerung gleichkommen kann.

2. Freier Zugang zu den Gerichten

Lehnen die inländischen Gerichte ihre Zuständigkeit bei maßgeblichem ausländischen Sachstatut ab, könnten sie damit gegen den Grundsatz des freien Zugangs zu den Gerichten verstoßen. Die Verpflichtung des Staates, dem Ausländer bei gewöhnlichem Aufenthalt im Inland zur Geltendmachung seiner Ansprüche den Rechtsweg zu eröffnen, ist heute allgemein anerkannt und kann als Völkerrechtsregel betrachtet werden.¹⁾ Dieser Verpflichtung, der jeder Staat unterliegt, muß in erster Linie entnommen werden, daß der Ausländer sich wie jeder Staatsangehörige gegen Übergriffe des Staates wehren und zudem seine privatrechtlichen Ansprüche durchsetzen kann.²⁾ Ein Staat verletzt daher geltendes Recht, wenn seine Gerichte bei ausländischem Sachstatut kategorisch ablehnen, sich mit einer Sache zu befassen. Hier wird der Rechtsuchende auf Grund sachfremder Kriterien abgewiesen und muß sein Recht in Staaten verfolgen, zu denen er möglicherweise weit- aus geringere Bindungen hat als zum Aufenthaltsstaat. Gerade dieser Umstand kann zu einer absoluten Rechtsverweigerung führen³⁾, wenn nach ausländischem Recht wegen des deutschen Wohnsitzes der Parteien kein Gerichtsstand gegeben ist.⁴⁾ In solchem Falle wäre eine Berufung auf die Notzuständigkeit

1) Als allgemeiner Grundsatz wird der freie Zugang von Riezler, S. 70, 217, und Reu, S. 62 f., angesehen. Als Völkerrechtsregel betrachten ihn Dahm, S. 510; Reich, S. 11 ff.; Schlechtriem, S. 11; Verdross, S. 370.

2) Dahm, a.a.O.

3) Breuleux, S. 147; Jacobs, S. 45; Reich, S. 20; Wahl, RabelsZ 10 (1936), 40 (46).

4) Grasmann, ZJP 83 (1970), 214 (218).

denkbar, die Dölle als mögliche Durchbrechung des strengen Gleichlaufprinzips zulassen will.¹⁾ Sie soll beansprucht werden können, soweit ein dringendes Fürsorgebedürfnis besteht. Es lassen sich durchaus Extremsituationen denken, die ein Tätigwerden des inländischen Gerichts unbedingt erforderlich machen²⁾, so etwa bei Naturkatastrophen, Kriegsfällen oder aber - wie erwähnt - bei sonstiger Verweigerung jeglichen Rechtsschutzes. Im Übrigen aber erscheint der Begriff des dringenden Fürsorgebedürfnisses zu unbestimmt, als daß aus ihm sichere Kriterien für die Zuständigkeit abgeleitet werden könnten. Außerdem wird dem Grundsatz des freien Zugangs zu den Gerichten hiermit nicht genügt, weil prinzipiell die Möglichkeit erhalten bleibt, die internationale Zuständigkeit aus sachfremden Erwägungen zu verneinen; denn der Gesichtspunkt des dringenden Fürsorgebedürfnisses nimmt keinerlei Rücksicht auf die Beziehung des Rechtsuchenden zum Gerichtsstaat. Für eine Annahme der internationalen Zuständigkeit kann vielmehr nur die Inlandsberührung des Sachverhalts sprechen, da es im Interesse des Rechtsuchenden liegt, das räumlich nächste Gericht entscheiden zu lassen, ohne außergewöhnlichen Schwierigkeiten ausgesetzt zu sein.³⁾

3. Notwendigkeit des zwischenstaatlichen Entscheidungseinklangs

Keinen Rückhalt findet das Gleichlaufprinzip in der angeblichen Notwendigkeit, einen weitgehenden Entscheidungseinklang zwischen in- und ausländischer Rechtsprechung herstellen zu müssen.⁴⁾ Diese Forderung resultiert aus der Befürchtung, eine nach ausländischem Recht getroffene deutsche Entscheidung könne evtl. im Ausland nicht anerkannt werden, weil sie

1) Dölle, *RabelsZ* 27 (1962/63), 201 (220 ff.).

2) Vgl. hierzu Walchshöfer, *ZfP* 80 (1967), 165 (203).

3) Walchshöfer, a.a.O., S. 198.

4) Heldrich, S. 203 f.; Schwimann, *RabelsZ* 34 (1970), 201 (217 ff.); ders., *Intern. Zivilverfahrensrecht*, S. 38 ff.

der ausländischen Rechtsprechung zuwiderlaufe. Mit einer Anerkennung sei eher bei Zugrundelegung des inländischen Rechtes als bei Befolgung des ausländischen zu rechnen.¹⁾ Hiermit würde der inländischen Rechtsprechung jedoch eine kontinuierlich fehlerhafte Rechtsanwendung unterstellt. Es ist unverständlich, warum die Anwendung fremden Rechts ausschließlich in Teilbereichen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht möglich sein sollte, während sie in allen anderen Gebieten des Privatrechts seit langer Zeit selbstverständlich ist.

Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob die Erreichung des Entscheidungseinklangs überhaupt als unumstößliches Gebot im internationalen Privatrecht anzusehen ist. Ein Ausländer, der bereits in jungen Jahren als Gastarbeiterkind in die Bundesrepublik kam und auf Dauer hier zu bleiben wünscht, wird es zwar verstehen können, wenn sich die Befreiung vom Ehemündigkeitserfordernis nach seinem Heimatrecht richtet. Auf Unverständnis wird jedoch die Entscheidung der inländischen Behörde bei ihm stoßen, wenn sie sich zur Wahrnehmung dieser Aufgabe für unzuständig erklärt. Dem Ausländer ist es in diesem Falle wahrscheinlich gleichgültig, ob sein Heimatstaat die Sachentscheidung anerkennt oder nicht. Ihm kommt es auf die positive Bescheidung seines Anliegens an. Selbst wenn er nach einiger Zeit in sein Heimatland zurückkehren sollte, hat sich das Problem voraussichtlich für ihn erledigt, da die Ehemündigkeit ohnehin eingetreten sein dürfte.²⁾ Es ist sicherlich nicht in jedem Fall begrüßenswert, hinkende Rechtsverhältnisse in Kauf zu nehmen. Dem internationalen Privatrecht liegt jedoch gerade die Überzeugung zugrunde, daß inländische Gerichte und Behörden nicht anders entscheiden als ausländische. Daher können Entscheidungen inländischer Gerichte weitgehend ohne größere Bedenken hingenommen werden. Bei Rückkehr des Ausländers in sei-

1) So Heldrich, S. 204.

2) v. Overbeck, International Encyclopedia of Comparative Law, Bd. III, Kap. 15, S. 23, weist auf die zeitliche Begrenzung der Volljährigkeitserklärung hin, da der Minderjährige ohnehin bald nach seinem Heimatrecht volljährig würde.

nen Heimatstaat ist mit der gleichen Entscheidung des ausländischen Gerichtes in der Sache zu rechnen.¹⁾ Aus diesem Grunde kann auch auf das Zustimmungserfordernis der *lex causae* als Voraussetzung für die Bejahung der inländischen Zuständigkeit grundsätzlich verzichtet werden.²⁾

4. Zusammenfassung

Die sowohl massive als auch berechtigte Kritik am Gleichlaufprinzip macht deutlich, daß die Gerichte die Beschränkung ihrer Zuständigkeit im Nachlaßverfahren nicht mit der Berufung auf das Wohnheitsrecht rechtfertigen können.³⁾ Von einem wohnheitsrechtlichen Grundsatz wird jedoch offenbar ausgegangen, wenn man sich entweder auf frühere Entscheidungen beruft oder aber eine Begründung überhaupt nicht für erforderlich hält.

Der Verzicht auf den Gleichlauf bringt zweifellos hin und wieder Schwierigkeiten mit sich, die sich mit der Beschränkung auf die Anwendung eigenen Rechtes leicht umgehen ließen. Sie sind zunächst in der häufig nicht ganz komplikationslosen Ermittlung des Inhalts einer fremden Rechtsordnung begründet. Insbesondere erschwert die Verbindung des eigenen Verfahrensrechts mit dem fremden materiellen Recht, wie sie im Inland auf anderen Rechtsgebieten selbstverständlich ist, die richterliche Tätigkeit⁴⁾, da dieses Verfahrensrecht auf das ausländische Sachrecht nicht ohne weiteres abzustimmen ist. Hier zeigt sich der eigentliche Grund

1) Heldrich, S. 235 f.

2) Die Billigung der *lex causae* beim Erlaß richterlicher Gestaltungsakte verlangen grds. Beitzke, Festschr. f. Lehmann II, S. 493 (498 f.); Boos, S. 115 (mit Ausnahmen); Neumeyer, Intern. Verw.R IV, S. 114; Neuner, Intern. Zust., S. 34; Riezler, S. 242; auch die Rspr. setzt beim Erlaß von Gestaltungsakten in der freiw. Ger. häufig die Zuständigkeit durch das anzuwendende materielle Recht voraus: KG IPRspr. 1928 Nr. 53; KG JFG 13, S. 172 (173); BayObLGZ 1957, 118 (123); OLG Hamm, NJW 1969, 373 (374).

3) Vgl. Heldrich, S. 218; Reich, S. 24 f.

4) Heldrich, S. 203.

für das Festhalten am Gleichlauf: Die enge Verknüpfung zwischen Sach- und Verfahrensrecht auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit erschwert in wesentlichen Bereichen die Beachtung fremden Rechtes. Damit wird das Verlangen nach Anwendung ausschließlich eigenen Rechtes verständlich ¹⁾, ohne hierdurch allerdings gerechtfertigt werden zu können. Die Rechtsprechung hat auf anderen Gebieten bewiesen, daß die Befolgung fremden Rechtes auch dort möglich ist, wo Teile der Lehre den Gleichlauf zusätzlich beachtet wissen wollen.²⁾ Es ist nicht ersichtlich, warum dies nicht in der gesamten freiwilligen Gerichtsbarkeit möglich sein soll.

1) Heldrich, a.a.O.

2) So etwa AG Hochheim, StAZ 1966, 208; AG Hamburg, StAZ 1967, 300, zur Volljährigkeitserklärung von Ausländern; OLG Hamm, NJW 1969, 373, für die Befreiung von Eheverboten.

2. Kapitel:

Die Anpassungsmethode in der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Bei fehlender Trennungsmöglichkeit von ausländischem Sach- und Verfahrensrecht ist auch im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei Anwendung des ausländischen Rechtes nach allgemeiner Ansicht dem fremden Verfahrensrecht Beachtung zu schenken.¹⁾ Es müsse jedoch davon abgesehen werden, zusammen mit dem fremden Sachrecht die zugehörigen Verfahrensnormen vollständig zu berücksichtigen, da dieses Vorgehen zu einer unzulässigen Durchbrechung des lex-fori-Grundsatzes führe. Da im Inland ähnliche Verfahrensregelungen vorhanden seien, bei denen eine Verflechtung mit Sachnormen gegeben sei, müßten diese Vorschriften ebenfalls berücksichtigt werden. Die hierbei auftretenden Differenzen zwischen beiden Rechtsordnungen seien mittels Anpassung zu beseitigen.²⁾

I. Begriff und Inhalt der Anpassung

Eine Anpassung wird dann erforderlich, wenn das internationale Privatrecht zur Anwendung von verschiedenen Rechtsordnungen führt, die denselben Sachverhalt unterschiedlich regeln.³⁾ Der Normwiderspruch, der sich aus der Berücksichtigung mehrerer materieller Rechtsvorschriften ergibt, kann nur in einer Weise beseitigt werden, die die Gleichwertigkeit dieser Rechtsinstitute achtet.⁴⁾ Eine für beide Rechtsordnungen annehmbare Lösung läßt sich finden, indem entweder eine neue Kollisionsnorm geschaffen bzw. "die Grenze zwi-

1) v. Craushaar, S. 57.

2) Statt vieler v. Craushaar, a.a.O.; Randzio, S. 187 ff.; ferner unabhängig von der freiwilligen Gerichtsbarkeit Booß, S. 40 ff.; Schlechtriem, S. 43; aus der Rspr. vgl. LG Köln, IPRspr. 1962/63, Nr. 87, S. 265 (267); BayObLGZ 1967, 197 = IPRspr. 1966/67, Nr. 176, S. 577 (581).

3) Statt vieler Kegel, IPR, S. 147.

4) Booß, S. 41.

schen zwei Kollisionsnormen verschoben" ¹⁾ wird (internationalprivatrechtliche Lösung) oder aber die materiellen Rechtsnormen so verändert werden, daß der Normwiderspruch nicht mehr gegeben ist (materiellprivatrechtliche Lösung). ²⁾

II. Anpassungspraxis in der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Das Anpassungsverfahren in der freiwilligen Gerichtsbarkeit weicht demgegenüber von der herkömmlichen Anpassungsmethode ab: Um Widersprüche zwischen der anwendbaren ausländischen Rechtsordnung sowie dem gleichermaßen zu berücksichtigenden inländischen Recht zu überbrücken, wird zunächst sowohl im inländischen als auch im anwendbaren ausländischen Recht eine Abgrenzung von Sach- und Verfahrensrecht erforderlich. ³⁾ Bei erfolgter Qualifikation können sich insoweit Divergenzen zwischen inländischem und fremdem Recht ergeben, als das deutsche Verfahrensrecht keine Regelung kennt, die zur ausländischen materiellrechtlichen Vorschrift "paßt".

Beim Fehlen einer inländischen Verfahrensnorm, mit der der Wille des ausländischen materiellen Rechtes verwirklicht werden könnte, wird der Anwendungsbereich einer dem ausländischen Verfahrensrecht ähnlichen inländischen Norm mit der Anpassungsmethode ausgedehnt, damit dem Rechtsanwendungsbeefehl der Kollisionsnorm Folge geleistet werden kann, ohne das ausländische materielle Recht selbst grundlegend verändern zu müssen. Dies mag an folgendem Beispiel deutlich werden:

Das englische Adoptionsrecht kennt als Adoptionserfordernis das obligatorische Auftreten des "guardian ad litem". ⁴⁾ Sei-

1) Kegel, a.a.O., S. 149.

2) Kegel, a.a.O., S. 150.

3) Das Verfahren der Anpassung unterscheidet sich daher zunächst nicht von der herkömmlichen Qualifikation auf Grund der verschiedenen Methoden, wie sie oben bereits zur streitigen Gerichtsbarkeit diskutiert wurden, s. hierzu S. 21 ff.

4) sec. 9 (7) Adoption Act 1958.

ne Aufgabe besteht darin, während des gesamten Adoptionsverfahrens die Interessen des Kindes wahrzunehmen. Dabei ist er z.B. verpflichtet, die Unterlagen des Adoptionsantrages zu prüfen sowie alle beteiligten Personen anzuhören und dem Gericht Bericht zu erstatten.¹⁾ Diese Funktion kann von einer Person ausgeübt werden, die dem Gericht zur Wahrnehmung der Kindesinteressen als geeignet erscheint. Eine solch exponierte Stellung eines besonderen Sachwalters des Kindesinteresses ist dem deutschen Recht unbekannt.

Um dem englischen Adoptionsrecht zur vollen Wirkung zu verhelfen, könnte das inländische Verfahren dem ausländischen Recht insoweit Rechnung tragen, als die Sachwalterstellung des "guardian ad litem" auch im Inland von einer Person wahrgenommen werden könnte, die dem vom englischen Recht genannten Personenkreis weitgehend entspräche, so z.B. durch einen Vertreter des zuständigen Jugendamtes.²⁾ Ein solcher Aufgabenbereich läßt sich u.U. den deutschen Pflegschaftsvorschriften entnehmen, die in der Weise anzupassen wären, daß die Funktion des "guardian ad litem" sich in etwa aus diesen Normen ergäbe. Der Wirkungskreis des Jugendamtes müßte mithin ausgedehnt werden, die Pflegschaftsvorschriften würden dem Vertreter des Jugendamtes im besonderen Fall der Auslandsberührung ein größeres Aufgabengebiet zuweisen.³⁾

Im internationalen Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergibt sich auf Grund der engen Sach- und Verfahrensrechtsverknüpfung eine ungleich schwierigere und andersartige Problematik als bei der herkömmlichen Anpassungsmethode; denn anwendbar ist nur e i n e materielle Rechtsordnung. Schwierigkeiten bei der Anwendung ausländischen materiellen und inländischen Verfahrensrechts treten auf, weil den jeweiligen materiellen Rechtsnormen häufig sachbezogene Verfahrensnormen beigegeben sind, die speziell für diesen

1) Vgl. zu diesen Aufgaben im einzelnen Zeiler, S. 13 ff.; Meyer-Wiesner, S. 22 f.

2) Kegel, IPR, S. 153.

3) Kegel, a.a.O.

Sachkomplex geschaffen wurden. Dieselbe Situation findet sich in dem Land, dessen Kollisionsrecht das ausländische Recht angewendet wissen will. Auch hier sind Sach- und Verfahrensrecht eng miteinander verschmolzen, so daß eine Trennung oft nur schwer möglich und selten wünschenswert ist. Fraglich ist daher, ob die Trennung des Verfahrensrechts vom materiellen Recht sowohl bei der *lex fori* als auch der *lex causae* und die folgende Verbindung des inländischen Verfahrens- mit dem ausländischen Sachrecht überhaupt sinnvoll ist.

Wird ausländisches materielles Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Inland angewendet, so ist zunächst festzustellen, daß es eigentlich keine Normen gibt, die zueinander in Widerspruch treten. Bei strenger Verfolgung des *lex-fori*-Grundsatzes im Verfahrensrecht muß ausländisches Sachrecht mit inländischem Verfahrensrecht verbunden werden, soweit eine Trennung des ausländischen Rechts und anschließende Verknüpfung mit inländischen Normen überhaupt zu verwirklichen ist. Erkennbar wird wegen der besonderen Gestaltung der Vorschriften in der freiwilligen Gerichtsbarkeit jedoch, daß das ausländische Recht oft gänzlich andere Vorschriften kennt als das inländische, d.h. wegen des Ineinanderfließens materieller und prozessualer Normen im Inland häufig kein geeignetes Verfahrensrecht zur Verwirklichung des maßgeblichen Sachrechts zur Verfügung steht. Eine Gegenüberstellung von ausländischem Sachrecht und inländischem Verfahrensrecht läßt jedoch nicht zwingend einen Normwiderspruch entstehen, wenn das Verfahrensrecht mangels entsprechender Vorschriften nicht in der Lage ist, dem maßgeblichen materiellen Recht im rechten Maße zur Anwendung zu verhelfen.¹⁾ Denn allein die

1) Auch Kropholler, Festschr. f. Ferid, S. 279 (282), sieht hier kein Anpassungsproblem. Booß, S. 40 f., und Randzio, S. 185, glauben, aus der Argumentation Schröders, S. 52 f., entnehmen zu können, daß dieser in derartigen Fällen die Anpassungssituation für gegeben hält. Schröder zufolge können jedoch nur dann Anpassungsprobleme entstehen, wenn ausländische Behörden oder Gerichte für das Prozeßgericht tätig werden und dabei nach eigenem Verfahrensrecht vorgehen. Hier ist tatsächlich ein Normwiderspruch denkbar, da sich zwei verschiedene Verfahrensrechte gegenüberstellen, die beide in demselben Verfahren angewendet werden wollen.

Tatsache, daß das inländische Verfahrensrecht im Gegensatz zum ausländischen einen Sachkomplex nicht geregelt hat, bedeutet nicht, daß es in diesem Bereich gleichzeitig eine andere Rechtsauffassung vertritt. Es ist vielmehr durchaus möglich, daß das inländische Recht bisher keinen Anlaß zur Regelung eines bestimmten Sachbereichs gesehen hat.

Die Problematik, der man sich bei Vornahme der sog. Anpassung gegenübersteht, macht folgender Sachverhalt deutlich, über den das LG Köln zu entscheiden hatte:¹⁾

Die Eheleute K. sind niederländische Staatsangehörige mit langjährigem festen Wohnsitz in der Bundesrepublik. Sie schließen in Köln einen Güterrechtsvertrag unter Ausschluß des gesetzlichen Güterstandes und vereinbaren Gütertrennung unter Verzicht auf eine Auseinandersetzung über einen möglichen Zugewinn. Gem. Art. 4 des Haager Ehwirkungsabkommens vom 17.7.1905 ist niederländisches Recht anzuwenden. Art. 204 II BW fordert die Genehmigung des Vertrages durch das zuständige Landgericht, die nicht erteilt wird, "wenn ein redlicher Grund für das Schließen oder die Änderung des Ehevertrages fehlt oder eine Benachteiligung des Gläubigers zu befürchten ist".

Das Gericht schließt sich zunächst der Ansicht an, wonach das inländische Verfahrensrecht dem ausländischen materiellen Recht mittels Anpassung dienstbar zu machen sei. Dennoch sei dem deutschen Gericht auf Grund des lex-foi-Grundsatzes nicht zuzumuten, Tätigkeiten vorzunehmen, die ihm wesensfremd seien.²⁾ Darauf untersucht es, ob die §§ 1411 II, 1821, 1822 BGB Regelungen enthielten, die die Befolgung des ausländischen Rechtswillens ermöglichten. Mit dem Hinweis auf den unterschiedlichen Inhalt der Sachrechtsvorschriften sowie auf die Tatsache, daß das deutsche Recht keine geeignete Verfahrensvorschriften zur Verfügung habe, verneint es seine wesenseigene Zuständigkeit.³⁾ Es verweist vielmehr auf die

1) IPRspr. 1962/63, Nr. 87, S. 265.

2) a.a.O., S. 267.

3) a.a.O.

Notwendigkeit, über die Frage der Genehmigungsfähigkeit des Vertrages zunächst eine rechtskräftige Entscheidung eines niederländischen Gerichtes herbeizuführen.¹⁾ Dabei setzt es sich nicht mit dem Gesichtspunkt auseinander, daß die niederländischen Gerichte sich bei Auslandswohnsitz der beiden Ehegatten vermutlich ebenfalls für nicht zuständig erklären werden und damit eine Rechtsverweigerung droht.

Die Entscheidung des LG Köln zeigt, daß zur Überwindung der entstandenen Probleme nicht ausschließlich inländisches Verfahrensrecht und ausländisches materielles Recht einander "angepaßt" werden. Das LG prüft, inwieweit deutsche Verfahrensvorschriften auch dem ausländischen materiellen Recht zur Durchsetzung verhelfen können. Erfolgt nach Abschluß dieses Vorgangs die Koppelung des fremden Sachrechts mit dem jetzt "zugeschnittenen" inländischen Verfahrensrecht, so hat diese Methode nicht mehr viel mit der klassischen Anpassung gemein. Vielmehr erfährt das eigene sachverbundene Verfahrensrecht eine Neugestaltung, weil es, obgleich für spezielle materielle inländische Rechtsinstitute geschaffen, dem ausländischen materiellen Recht zugänglich gemacht werden muß und ihm daher eine neue Funktion zukommt. Wird die inländische Regelung der ausländischen nicht so weit "angepaßt", daß sie weitgehend die Aufgaben der fremden Norm übernimmt, so erfolgt zwangsläufig zusätzlich eine Veränderung dieser ausländischen Norm.²⁾ Ist es hingegen nicht möglich, das inländische Verfahrensrecht dem fremden Sachrecht hin-

1) a.a.O., S. 269. Das Gericht verweist auf die Auskunft der niederländischen Botschaft, woraus hervorgehe, daß es äußerst zweifelhaft sei, ob die Genehmigung eines deutschen Richters vom niederländischen Recht gebilligt werde. Dieser Gesichtspunkt ist jedoch unbedeutend, weil die Rechtsuchenden seit langem ihren Wohnsitz in der Bundesrepublik haben und sie sich bewußt der deutschen Rechtsgewalt unterworfen haben, so daß es ihnen offensichtlich auf die Anerkennung in ihrem Heimatstaat nicht ankommt.

2) Eine solche Erscheinung zeigt sich bei der Funktionswahrnehmung eines "guardian ad litem" durch das inländische Jugendamt. Während der Aufgabenkatalog des Pflegers erheblich erweitert wird, wird gleichzeitig der nach englischem Recht in Betracht kommende Personenkreis wesentlich eingeschränkt.

reichend anzupassen, ohne daß es der Funktion der ausländischen sachrechtsverbundenen Verfahrensregelung entspricht, verändert das fremde Recht seinen eigentlichen Charakter, indem es - obwohl sachrechtsverbunden - in seiner Anwendung eingeschränkt wird.

Diese Art des Vorgehens birgt eine weitere Gefahr in sich. Das inländische Verfahrensrecht könnte letztlich allein darüber befinden, ob bzw. in welchem Umfang das ausländische materielle Recht angewendet werden kann, obwohl die inländische Kollisionsnorm bereits über diese Frage entschieden hat. Damit käme dem Verfahrensrecht eine Funktion zu, die ihm nicht zusteht. Das Urteil des LG Köln ist ein enttäuschendes Beispiel für die Richtigkeit dieser Befürchtung. Zu stark läßt sich das Gericht vom deutschen Recht leiten und prüft, inwieweit sich bei deutschen Sachnormen eine weitgehende Identität mit dem ausländischen Recht feststellen läßt. Nicht die weitgehend gleiche Regelung im Inland darf jedoch maßgebend sein, sondern die Beantwortung der Frage, ob die anzuwendende ausländische Regelung der inländischen Rechtsordnung widerspricht. Erst wenn ein solcher Widerspruch festgestellt werden kann, ist die Berufung auf das Institut der wesenseigenen Zuständigkeit angebracht.¹⁾

Die Anwendung inländischer sachrechtsverbundener Verfahrensnormen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist ohne tiefgreifende Veränderung nur möglich, wenn die anzuwendende ausländische Regelung sowie die Regelung des gleichen Sachkomplexes im inländischen Recht sich hinsichtlich der Zweckverfolgung weitgehend entsprechen. Eine solche Konstellation ergab sich bei folgendem Sachverhalt:²⁾

Das Gericht hatte in einem Nachlaßverfahren österreichisches

1) Das AG Meldorf, IPRspr. 1962/63, Nr. 218, S. 703 (704), hat sich in dieser Hinsicht vorbildlich verhalten und die Genehmigung eines Vaterschaftsanerkennnisses nach spanischem Recht ausgesprochen, obwohl eine solche Genehmigung dem deutschen Recht unbekannt ist.

2) BayObLGZ 1967, 197 = IPRspr. 1966/67, Nr. 178, S. 577; ebenso BayObLGZ 1967, 338 = IPRspr. 1966/67, Nr. 180, S. 585 (588).

Recht zugrunde zu legen, da der Erblasser in der Tschechoslowakei gestorben war und damals im Sudetengebiet das ABGB galt. Trotz der Anwendung ausländischen Rechtes bejahte das Gericht seine internationale Zuständigkeit, da die Erben aus dem Sudetenland vertrieben wurden, ebenso wie vermutlich der Erblasser einer Vertreibung ausgesetzt gewesen wäre, wenn er nicht vorher verstorben wäre.

Nach österreichischem Recht fällt der Nachlaß nicht automatisch mit dem Tod des Erblassers an den Erben. Es bedarf vielmehr der Erbserklärung gem. § 799 ABGB, mit der das Erbe angetreten wird, sowie der Einantwortung gem. § 819 ABGB, durch die die gerichtliche Übertragung des Nachlasses erfolgt.

Mangels geeigneten Verfahrensrechts konnte das deutsche Gericht die förmliche Einantwortung nicht vornehmen.¹⁾ Um deutsches Verfahrensrecht anwenden zu können, gleichzeitig aber das ausländische materielle Recht genügend zu beachten, wurde die Ähnlichkeit zwischen der Erteilung des Erbscheins nach deutschem Recht sowie der österreichischen Einantwortung festgestellt. Die Legitimationswirkung des Erbscheins wie auch der Einantwortung ermögliche die Übertragung von Rechten, obwohl Erbschein und Einantwortung unrichtig sein könnten und die als Erbe ausgewiesene Person damit als Nichtberechtigte verfügen könnte. Außerdem entfalteten beide Institute insoweit keine endgültige Wirkung, als der wirklich Berechtigte auf dem Klagewege sein Recht geltend machen könne.²⁾ Schließlich sei mit der Erteilung des Erbscheins die einzige Möglichkeit gegeben, im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein Erbrecht anzuerkennen. Damit teile dieser Rechtsakt die Wirkungen der Einantwortung, nämlich die Übertragungswirkung sowie die persönliche Haftung, die mit der Erbenstellung verbunden sei. Aus dieser weitgehenden Übereinstimmung beider Rechtsinstitute zieht das Gericht den Schluß, insgesamt das deutsche Erbscheins-

1) BayObLG IPRspr. 1966/67, Nr. 178, S. 580; ebenso Reich, S. 56.

2) Vgl. §§ 2361, 2362 BGB, 823 ABGB.

recht in materieller und prozessualer Hinsicht anwenden zu können.¹⁾

Dieses Vorgehen ist unbedenklich, wenn es - wie hier - zu keinem anderen Ergebnis führt als bei der Anwendung ausschließlich fremden Rechtes. Nur dann kann die alleinige Berücksichtigung inländischer Sachvorschriften und sachbezogener Verfahrensvorschriften nicht beanstandet werden. Immerhin erscheint es jedoch bedenkenswert, ob im Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wo die Verbundenheit von Sach- und Verfahrensrecht besonders eng und teilweise unauflösbar ist, eine derart starke Fixierung auf das inländische Recht angebracht ist. Diese Zweifel gelten vor allem denjenigen Fällen, in denen sich keine weitgehende Übereinstimmung zwischen ausländischem und inländischem Recht ergibt und eine Beachtung der eigenen Vorschriften dem Richter geradezu "turnerische Fähigkeiten"²⁾ abverlangt.

III. Zusammenfassung

Abschließend läßt sich feststellen, daß durch Gleichlauf und Anpassung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit kein Überzeugender Weg gefunden wurde, der der engen Sachrechtsverbundenheit von Verfahrensvorschriften gerecht wird. Unbestreitbar zeigt die Anpassung einen Weg auf, der Härten mildern kann. Das komplizierte Verfahren, das vom Richter äußerste Sorgfalt verlangt, sowie die Verzerrung inländischer und ausländischer Vorschriften lassen jedoch begründete Zweifel an der Durchführbarkeit dieser Methode bestehen.

1) a.a.O., S. 582.

2) Gamillscheg, Festschr. f. Dölle II, S. 289.

3. Kapitel:

Die wesenseigene Zuständigkeit

Verlangt das ausländische Recht vom inländischen Richter besondere, dem deutschen Recht unbekannte Tätigkeiten, so stellt sich möglicherweise die Frage nach der wesenseigenen Zuständigkeit, d.h. der Nichtwahrnehmung der internationalen Zuständigkeit aus Gründen der Undurchführbarkeit des ausländischen Rechtswillens.¹⁾ Anwendung findet dieses Prinzip dort, wo ein Konflikt zwischen anzuwendendem Sach- und inländischem Verfahrensrecht zutage tritt²⁾, also in dem Bereich, wo die vom Richter und den Behörden verlangte Tätigkeit mittels des inländischen Verfahrensrechts nicht sofort zu bewältigen ist.³⁾ Schwierigkeiten, die zur Ablehnung der internationalen Zuständigkeit führen könnten, treten u.U. auch bei der notwendigen Anwendung ausländischer Verfahrensnormen auf, wenn diese den inländischen Justizorganen eine Tätigkeit abverlangen, die ihnen nach deutschem Recht nicht bekannt ist.

Die Berufung auf das Institut der wesenseigenen Zuständigkeit ist nicht bereits dann möglich, wenn die vom ausländischen Recht erwartete Tätigkeit dort von Gerichten oder Behörden wahrgenommen wird, die man im Inland entweder überhaupt nicht kennt oder die hier einen anderen Funktionsbereich ausfüllen als im Ausland. Wenn etwa Art. 406 Abs. 3 C.c.ital. bestimmt, daß bei der Bestätigung der *affiliazione*, der bürgerlich-rechtlichen Pflegekindschaft, die Staatsanwaltschaft anzuhören ist, so überschreitet diese Tätigkeit im deutschen Recht zwar den funktionellen Zuständigkeitsbereich der Staatsanwaltschaft; Booß⁴⁾ weist jedoch bereits darauf hin, daß das inländische Gericht auf Grund seiner

1) Zum Begriff der "wesenseigenen Zuständigkeit" vgl. Booß, S. 1 f.

2) Heldrich, S. 266.

3) Heldrich, S. 269.

4) Booß, S. 103.

Ermittlungspflicht gemäß § 12 FGG gehalten ist, die Interessen des Anzunehmenden ausreichend zu berücksichtigen, womit dem ausländischen Gesetzeswillen durchaus entsprochen werden kann.

Gemäß Art. 406 C.c.ital. ist bei der Begründung der affiliazione durch den Vormundschaftsrichter des weiteren das "Istituto di pubblica assistenza" zu hören, das bislang den Minderjährigen betreut hat. Eine solche Behörde ist im Inland nicht vorhanden, gleichwohl ist damit die Durchführung der affiliazione durch das inländische Vormundschaftsgericht nicht ausgeschlossen. Die inländischen Jugendämter sind auf Grund ihrer fürsorgenden Tätigkeit zugunsten der Minderjährigen ohne weiteres in der Lage, die Aufgabe nach ausländischem Recht zu übernehmen und gegenüber dem Vormundschaftsgericht dazu Stellung zu nehmen, ob die Pflegekindschaft dem Wohle des Kindes dienlich ist.¹⁾

Heldrich²⁾ stellt das Institut der wesenseigenen Zuständigkeit anhand eines krassen biblischen Beispiels dar: Die Entscheidung des Gerichtes, wer auf Grund der größeren Liebe Mutter eines Kindes sein soll (salomonisches Urteil), würde den Rahmen richterlicher Tätigkeit sprengen. Dieser extreme Fall zeigt aber gleichzeitig die Schwierigkeit auf, in der man sich befindet, will man die wesenseigene Zuständigkeit in dem hier erörterten Bereich exemplifizieren. Schlosser sieht gar für die Berücksichtigung dieses Instituts innerhalb der Rechtsordnungen Westeuropas keinen Raum mehr.³⁾ Es lassen sich aber doch wohl Situationen denken, in denen die Befolgung des ausländischen Rechtes durch das Gericht deswegen unmöglich ist, weil die geforderte Handlung entweder völlig außerhalb des gerichtlichen Aufgabenbereichs liegt oder aber das deutsche Recht kein Rechtsinstitut kennt, das dem ausländischen auch nur annähernd zu vergleichen wäre.

1) Boob, S. 104.

2) Heldrich, S. 255.

3) Schlosser, S. 309.

Gem. Art. 449 C.c.fr. obliegt dem Familienrat die Aufgabe, über die Grundsätze für Unterhalt und Erziehung des Minderjährigen zu bestimmen, soweit für diesen ein Vormund bestellt wurde.¹⁾ Der Familienrat besteht aus 4 bis 6 Mitgliedern einschließlich des Gegenvormundes (Art. 407 C.c.), der die Führung der Vormundschaft überwacht (Art. 420 Abs. 2 C.c.). Die Mitglieder des Familienrats werden vom Vormundschaftsrichter bestimmt (Art. 408 Abs. 1 C.c.), der gleichzeitig als Vorsitzender des Rates fungiert (Art. 414 C.c.).

Der Vormund kann für das Mündel ohne Ermächtigung des Familienrates keinerlei Verfügungen vornehmen, insbesondere keine Kredite aufnehmen bzw. unbewegliches Vermögen, Handelsgeschäfte, Wertpapiere und dgl. veräußern (Art. 457 C.c.). Hält er z.B. eine Vermögensverfügung für erforderlich, hat er den Vormundschaftsrichter zur Einberufung des Familienrates gem. Art. 410 C.c. zu veranlassen. Der Vormundschaftsrichter ist in solchen Fällen gem. Art. 411 C.c. verpflichtet, für die Einberufung Sorge zu tragen, wobei diese 8 Tage vor dem Zusammentritt zu erfolgen hat. Müßte ein deutscher Vormundschaftsrichter in Anwendung des französischen Rechts den Familienrat einberufen, würden sich ihm bereits dann Hindernisse tatsächlicher Art in den Weg stellen, wenn sich die Glieder des Familienrates ausschließlich in Frankreich aufhielten; denn es könnte kaum damit gerechnet werden, daß er kraft seiner Gerichtsgewalt den gesamten Familienrat zu einer Sitzung zusammenführen könnte. Würden die Mitglieder des Familienrates sich gar im fernen Ausland in verschiedenen Staaten befinden, wäre die Befolgung des ausländischen Rechtswillens durch den inländischen Richter praktisch nicht mehr möglich. Er würde keine Befugnis haben, die Zusammenkunft des Familienrates durchzusetzen, abgesehen davon, daß es für ihn bereits problematisch sein könnte, die Mitglieder des Rates zu ermitteln und mittels einer Ladung zu erreichen. Hier stellen sich dem Richter somit so mannigfaltige

1) Den Familienrat, der gem. § 1872 BGB a.F. die Rechte und Pflichten des Vormundschaftsgerichts wahrnahm, kannte auch das deutsche Recht (§§ 1858 ff. BGB a.F.). Da er nie praktische Bedeutung erlangte, wurde er am 1.1.1980 abgeschafft.

Probleme rechtlicher und tatsächlicher Art, daß er die geforderte Tätigkeit ablehnen müßte.¹⁾

Bevor es jedoch zu einer Berufung auf das Institut der wesenseigenen Zuständigkeit kommt, weil die Befolgung des ausländischen Rechtes nicht möglich ist, da der Rahmen inländischer rechtspflegerischer Tätigkeit gesprengt zu werden droht, sollte die Anpassungsmethode genutzt werden.²⁾ Ein solcher Weg dürfte, obwohl begründete Zweifel gegen die grundsätzliche Praktizierung der Anpassungsmethode bestehen, der rigorosen Ablehnung des fremden Rechts vorzuziehen sein, da er der Fortentwicklung des internationalen Privatrechts zuträglich ist. Es ist im inländischen Recht nach Normen zu suchen, die dem ausländischen Willen möglichst gerecht werden. Bei der Berücksichtigung dessen, was der inländischen Rechtspflege zu tun erlaubt ist, und des Wunsches des Auslandes hinsichtlich dessen, was getan werden sollte, muß ein Kompromiß gefunden werden, wobei es auf beiden Seiten nicht ohne leichte Veränderungen des Normencharakters gehen wird.

1) Die wesenseigene Zuständigkeit wäre ebenso dann abzulehnen, wenn ein Familienrat nach spanischem Recht errichtet werden müßte, da sich die Tätigkeit des Richters sowie die Aufgaben des Rates nach spanischem Recht wesentlich von jenen des deutschen Rechtes unterscheiden. Vgl. hierzu Melicher, FamRZ 1966, 87. Da zwischen Spanien und Deutschland jedoch das Vormundschaftsabkommen von 1902 weiterhin anzuwenden ist, muß gem. Art. 3 des Abkommens auf das Aufenthaltsrecht zurückgegriffen werden.

2) Vgl. hierzu S. 98 ff.

4. Kapitel:

Privatrechtliches Verfahrensrecht in der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Da weder die Gleichlauftheorie noch die Anpassungsmethode geeignete Wege aufzeigen, die zu einer sachgerechten Berücksichtigung des ausländischen Verfahrensrechts führen können, sollte die Abgrenzung des anwendbaren vom nichtanwendbaren fremden Verfahrensrecht auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach öffentlichrechtlichen bzw. privatrechtlichen Kriterien erfolgen. Eine über die weite Definition Henckels hinausgehende dezidierte Bestimmung von Sach- und Verfahrensrecht ist damit auch hier von untergeordneter Bedeutung; denn mit Hilfe dieser Definition läßt sich ausländisches Verfahrensrecht hinreichend erkennen.¹⁾

In den nachstehenden Erörterungen soll geprüft werden, welche Folgen sich aus der Berücksichtigung fremden Verfahrensrechts mit privatrechtlichem Inhalt auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergeben. Dabei ist insbesondere auf die Kriterien einzugehen, die die freiwillige Gerichtsbarkeit als eigenständiges Rechtsgebiet prägen.

Eine abschließende Bestimmung des Inhalts der freiwilligen Gerichtsbarkeit gelingt weder vom Wortlaut her noch ist sie als Abgrenzung nach Verfahrensgegenstand und Verfahrensziel möglich²⁾, da der Gesetzgeber die einzelnen Gebiete im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit je nach Zweckmäßigkeit zugeordnet hat.³⁾

1) Vgl. hierzu insgesamt bereits oben S. 34.

2) s. hierzu die umfangreichen Erörterungen von Baur, S. 27 ff.; Bärmann, S. 27 ff.; Habscheid, FG, S. 15 ff.; Pikart-Henn, S. 3 ff., jeweils m.w.N.

3) Habscheid, a.a.O., S. 18, m.w.N.

Als komplexer Sachbereich, der die typische Verzahnung von Sach- und Verfahrensrecht nicht auf breiter Ebene kennt, sind die der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugeordneten privatrechtlichen Streitsachen zu nennen. Ihre Aussonderung aus der streitigen Gerichtsbarkeit erfolgte ebenfalls allein aus Zweckmäßigkeitsgründen, da die Anwendung bestimmter Verfahrensgrundsätze der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf einen Teil der streitigen Rechtsmaterie geeigneter erscheint als die Berücksichtigung zivilprozessualer Grundsätze.¹⁾ Zu diesen Streitsachen sind die Sachkomplexe etwa im Familienrecht²⁾, in Handelssachen³⁾, im Landwirtschaftsrecht⁴⁾ oder bei der Wertpapierbereinigung⁵⁾ zu zählen.⁶⁾

Andererseits ist es etwa Aufgabe inländischer Richter und Behörden, eine Adoption zu bestätigen, eine Vormundschaft oder Pflegschaft anzuordnen oder einen Erbschein zu erteilen. Das wesentliche Betätigungsfeld besteht darin, für den Schutz von Personen sowie ihrer Vermögensinteressen Sorge zu tragen. Eine solche vorsorgende Tätigkeit wird unter dem

1) So etwa die Zugewinnausgleichssachen gem. §§ 1382, 1383 BGB, 53a FGG.

2) So etwa die Aufhebung der Beschränkung oder des Ausschlusses der Schlüsselgewalt (§§ 1357 II BGB, 53 FGG), Ersetzung der Ermächtigung oder Zustimmung eines Ehegatten zu Rechtsgeschäften des anderen (§§ 1365, 1369, 1426, 1430, 1452 BGB, 45, 53 FGG), Untersagung der Namensführung durch den Mann (§§ 57 EheG, 45 FGG).

3) Z.B. die Entscheidung über Bestellung oder Abberufung der Liquidatoren aus wichtigem Grund (§§ 147, 161 II HGB, 265 III, 273 IV AktG; 66 III GmbHG) oder über außerordentliche Informationsrechte der Kommanditisten (§§ 166 III, 338 III HGB). Besonders das AktG hat die Streitsachen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit erheblich ausgedehnt; vgl. hierzu Bärmann, S. 23.

4) Wie etwa die Anerbenrechte (§§ 12 - 18 HGrb) oder Streitigkeiten über Verlängerung usw. des Pachtvertrages (§§ 7 - 9 LPG).

5) Vgl. §§ 13, 14, 43 ff. WEG.

6) Ausführlich zu den privatrechtlichen Streitigkeiten in der freiwilligen Gerichtsbarkeit Habscheid, a.a.O., S. 31 ff.; Bärmann, S. 22 ff.

Begriff des "Fürsorgebedürfnisses" zusammengefaßt und beinhaltet den Bereich der sog. klassischen freiwilligen Gerichtsbarkeit.¹⁾

Die vorsorgende Rechtspflege erschöpft sich oft nicht darin, daß Richter und Behörden nur einmal für den Fürsorgebedürftigen tätig werden. So ist etwa dem Fürsorgebedürfnis einer Person nicht schon durch die Bestellung eines Pflegers oder Vormundes Genüge getan; weiterhin ist eine laufende Überwachung der Tätigkeit des Vormundes oder des Pflegers durch das Gericht erforderlich. Von der vorsorgenden Rechtspflege wird verlangt, sich den ständig wechselnden Gegebenheiten anzupassen und dementsprechend neue Entscheidungen zu treffen. Hier wird ein wesentlicher Abgrenzungspunkt zur streitigen Gerichtsbarkeit deutlich: Gerade die Personensorge schafft zwischen Gerichten und Behörden einerseits sowie der bedürftigen Person andererseits ein Verhältnis, das von einer gewissen Dauer geprägt ist.²⁾

An der Gewährung der erforderlichen Rechtsfürsorge durch staatliche Organe besteht ein öffentliches Interesse.³⁾ Je umfangreicher das Schutzbedürfnis einer Person in Erscheinung tritt, desto stärker müssen die Eingriffsbefugnisse der staatlichen Organe in die Rechtsverhältnisse der Beteiligten sein. So bestimmt etwa die Intensität des öffentlichen Interesses darüber, ob das Gericht von Amts wegen tätig werden darf⁴⁾ oder aber an die Anträge der Parteien gebunden ist.⁵⁾ Der Rechtsfürsorgezweck bedingt des weiteren, daß die Rechtspflegeorgane befugt sein müssen, den Sachverhalt selbständig und erschöpfend zu ermitteln. Im Gegensatz zum ordentlichen Zivilprozeß sind sie daher nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden.⁶⁾

1) Vgl. Markovic, Zeitgen. Fragen, S. 142.

2) s. Markovic, a.a.O.

3) Vgl. Habscheid, S. 28.

4) Vgl. z.B. das Eingreifen des Vormundschaftsrichters nach § 1666 BGB oder die Zuweisung der elterlichen Gewalt nach geschiedener oder aufgehobener Ehe gem. § 1671 BGB.

5) So im Erbscheinsverfahren oder im Verfahren hins. der Todeserklärung.

6) Vgl. Habscheid, S. 103.

Die vorsorgende Tätigkeit der Rechtspflegeorgane bedingt die unterschiedlichsten Handlungsbefugnisse zugunsten der bedürftigen Personen. Den verschiedenen Bereichen der klassischen freiwilligen Gerichtsbarkeit haften ganz spezifische Merkmale an, die jeweils spezieller Vorschriften bedürfen; es lassen sich somit nur in beschränktem Maße generelle Regelungen schaffen, die im gesamten Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit Anwendung finden können. Die Handlungen der Rechtspflegeorgane haben dabei häufig unmittelbare Wirkungen im materiellrechtlichen Bereich, insbesondere dann, wenn sie als rechtsgestaltende Maßnahmen eine Änderung der bisherigen Rechtslage mit sich bringen.¹⁾ Richter und Behörden vermögen auf Grund des Schutzbedürfnisses einer Person weitreichend in bestehende Privatrechtsverhältnisse einzugreifen. Verfahrensrechtliche Normen als Grundlage für diese rechtspflegerische Tätigkeit und das dazugehörige materielle Recht gehen fließend ineinander über, ohne daß eine eindeutige Grenzlinie erkennbar wird.²⁾ Die Berücksichtigung inländischen Verfahrensrechts bei Anwendung ausländischen materiellen Rechts ist in der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Grund der Vielzahl der privatrechtlichen Verfahrensnormen nur beschränkt möglich, zumal das fremde Recht in der Regel ebenfalls ein solch enges Zusammenwirken von Sach- und Verfahrensrecht kennt.

1) Markovic, a.a.O., S. 142 f.

2) Dölle, RabelsZ 27 (1962), 201 (203).

5. Kapitel:

Praktische Anwendung der These

In den folgenden Ausführungen soll gezeigt werden, daß die Anwendung privatrechtlichen Verfahrensrechtes in der klassischen freiwilligen Gerichtsbarkeit Richtern und Behörden trotz auftretender Schwierigkeiten nicht unzumutbar ist, andererseits mit dieser Methode dem ausländischen Recht jedoch in geeigneter Weise Genüge getan werden kann. Dabei werden Fallgruppen aus der internationalen freiwilligen Gerichtsbarkeit ausgewählt, mit denen entweder inländische Rechtspflegeorgane häufig konfrontiert werden, oder aber die Auswirkungen des Verfahrensrechts auf das Sachrecht besonders deutlich gezeigt werden können.

I. Die Anwendung ausländischer Verfahrensnormen im Nachlaßverfahren

Da gem. Art. 25 EGBGB ein Ausländer, der zum Zeitpunkt seines Todes im Inland wohnte, nach dem Gesetz seines Heimatstaates beerbt wird, sind inländische Nachlaßgerichte häufig mit der Anwendung fremden Erbrechts befaßt. Einige wiederkehrende Probleme, mit denen die Gerichte konfrontiert werden, sollen hier erörtert werden.

1. Bei der häufigen Anwendung us-amerikanischen Rechts steht immer wieder die Frage der Nachlaßverwaltung und Testamentvollstreckung im Vordergrund. Nach der amerikanischen Rechtsordnung hat die Nachlaßabwicklung (administration) stets unter Aufsicht des Nachlaßgerichts zu erfolgen ¹⁾, die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Nachlaß geht im überwiegenden Teil der Staaten auf den "personal representative"

1) Vgl. Ferid-Firsching, USA, RdNr. 256 ff.

über, der als Amtsperson vom Gericht ernannt wird.¹⁾ Seine Aufgabe besteht in der Sammlung des beweglichen Nachlasses, von dem er Steuern und Schulden des Erblassers zu begleichen hat, bevor er den Rest auf die Erben übertragen kann. Wenn der bewegliche Nachlaß zur Deckung der Verbindlichkeiten nicht ausreicht, kann der "personal representative" auf den unbeweglichen Nachlaß zurückgreifen. Die Verfügungsbefugnis über den Grundbesitz steht im Übrigen mit dem Todesfall unmittelbar dem Erben oder testamentarisch Begünstigten zu.²⁾ Die administration hat im wesentlichen die Aufgabe, für die Befriedigung der Nachlaßverbindlichkeiten sowie die Aushändigung des Reinnachlasses an die Erben Sorge zu tragen. Dabei werden die Interessen des Staates insoweit berücksichtigt, als der "executor" oder "administrator" für die Zahlung der Erbschaftssteuer haften.³⁾ Zusammen mit der Verfügungsbefugnis des "personal representative" handelt es sich hierbei um Regelungen des materiellen Rechts.⁴⁾

Der administrator nimmt seine Aufgabe erst nach Ernennung durch das Nachlaßgericht wahr und ist in amtlicher Funktion als Vertreter des Gerichts tätig.⁵⁾ Das rechtspflegerische Ziel seiner verwaltenden Tätigkeit liegt in der ordnungsgemäßen Verteilung des Nachlasses unter Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten. Für die Erfüllung dieser Aufgabe ist es unerläßlich, daß die Beteiligten bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche mitwirken.⁶⁾ Insoweit sind die Vorschriften bezüglich der administration zusätzlich verfahrensrechtlicher Natur.⁷⁾

-
- 1) Ferid-Firsching, a.a.O., Rdnr. 270 ff.
Bei gesetzlicher Erbfolge wird als personal representative der "administrator", bei testamentarischer Erbfolge der "executor" eingesetzt. Aufgaben und Tätigkeiten von executor und administrator sind weitgehend gleich, vgl. Ferid-Firsching, a.a.O.
 - 2) Ferid-Firsching, a.a.O., Rdnr. 257.
 - 3) IPG 1972, Nr. 33, S. 329 (München).
 - 4) Firsching, Deutsch-amerikanische Erbfälle, S. 94 f.
 - 5) Firsching, a.a.O., S. 109.
 - 6) Dies geschieht z.B. durch die Anmeldung der Forderungen innerhalb bestimmter Fristen.
 - 7) s. auch Firsching, a.a.O., S. 94 f.; ders. IPR, S. 25.

Der teilweise verfahrensrechtliche Inhalt dieser Vorschriften darf keinen Anlaß geben, sie vom übrigen materiellrechtlichen Inhalt der administration abzuspalten und sie durch Normen der lex fori zu ersetzen.¹⁾ Die administration hat ohne Rücksicht auf ihre materiellrechtlichen bzw. verfahrensrechtlichen Inhalte umfassend die Nachlaßfürsorge zum Inhalt. Ihr Ziel ist die Nachlaßverteilung unter Berücksichtigung der Erbfolge nach Maßgabe des Gesetzes. Die verfahrensrechtlichen Vorschriften der administration haben daher immer auch objektive Auswirkungen auf die Verwirklichung des materiellen Fürsorgegedankens, da sie mit dem materiellen Recht eine enge Verbindung eingehen. Da an der Berücksichtigung eigener Verfahrensvorschriften kein besonderes öffentliches Interesse besteht, ist auch die Anwendung verfahrensrechtlicher Elemente der administration geboten.²⁾

2. Deutsches wie französisches Recht kennen die Siegelung des Nachlasses.³⁾ Die Siegelungsvorschriften beider Rechtsordnungen verfolgen jedoch unterschiedliche Ziele. § 1960 BGB verleiht dem Nachlaßgericht die Befugnis, Maßnahmen zur Sicherung des Nachlasses zu treffen, sobald hierfür ein Bedürfnis besteht. Ein solches Bedürfnis ist vorrangig dann als gegeben anzusehen, wenn das Gericht keine sichere Erkenntnis über die Person des endgültigen Erben gewonnen hat. Als geeignete Sicherungsmaßnahme läßt das Gesetz die Versiegelung des Nachlasses zu (§ 1960 Abs. 2 BGB). Dem französischen Recht ist eine Siegelung, die allein auf diesen Grün-

1) Demgegenüber wird die Ansicht vertreten, das Anmeldeerfordernis sowie die Ausschlußfristen bei der Geltendmachung von Nachlaßforderungen müßten als verfahrensrechtliche Bestimmungen der lex fori unterliegen; s. IPG 1971, S. 348 (355), Nr. 36 (Köln); vgl. zur Einsetzung des administrators durch ein deutsches Nachlaßgericht auch die abl. Haltung des KG in IPRspr. 1972, Nr. 123, S. 334 (335).

2) So im Ergebnis auch Firsching, Deutsch-amerikanische Erbfälle, S. 101; ders. IPR, S. 25; vgl. auch IPG 1967/68, S. 808 (819 ff.), Nr. 74 (Köln) und IPG 1967/68, S. 681 (694 ff.) Nr. 65 (Köln), wo die Verwaltungstätigkeit des administrators als materiellrechtlich angesehen wird.

3) § 1960 II BGB, Artt. 819 ff. C.c. fr.

den beruht, nicht geläufig. Ist nach Ablauf der Überlegungs- und Inventarfrist kein Erbe bekannt, hat das zuständige Gericht einen "curateur" einzusetzen, der den Nachlaß verwaltet (Art. 811 ff. C.c.).

Die Anlegung von Siegeln wird hingegen nach französischem Recht erforderlich, wenn entmündigte oder minderjährige Erben vorhanden sind (Art. 819 C.c.) oder Nachlaßgläubiger die Vollstreckung in den Nachlaß sichern wollen (Art. 820 C.c.). Die Siegelungsvorschriften nach französischem Recht verfolgen mithin den Zweck, die Inbesitznahme des Nachlasses durch eine Person zu verhindern, um eine gerichtliche Teilung gem. den gesetzlichen Vorschriften durchführen zu können.¹⁾

Bei der Vornahme der Siegelung handelt es sich um einen technischen Vorgang, der bestimmt und geeignet ist, den Nachlaß in seinem gegenwärtigen Zustand zu erhalten.²⁾ Dieser Verfahrensakt ist jedoch sowohl im französischen als auch im deutschen Recht eingebettet in das materielle Recht. Nach französischem Recht wird die Nachlaßteilung gesichert, das deutsche Recht beabsichtigt hierdurch, dem noch unbekannten Erben die Erbmasse zu erhalten. Für diese in beiden Staaten unterschiedlichen Regelungen staatlicher Fürsorge hat die Versiegelung unmittelbare Bedeutung, da sie die materielle Rechtsfolge gewährleistet. Die Einbindung der rechtspflegerischen Handlung der Versiegelung in das materielle Recht muß daher bei Anwendung des ausländischen Rechtes berücksichtigt werden.

Ist französisches Recht auf einen im Inland befindlichen Nachlaß anzuwenden, beantwortet allein das fremde Recht, ob das Rechtspflegeorgan die Versiegelung vorzunehmen hat. Dasselbe gilt für das Antragsrecht bzw. die Antragsverpflichtung als Voraussetzung für die Versiegelungsanordnung durch

1) Vgl. Art. 811 ff. C.c. Vor Ablauf dieser Frist ist ein administrateur provisoire einzusetzen, der dieselben Aufgaben wahrnimmt (vgl. eine entsprechende Verordnung vom 24.7.1941, ergänzt durch Verordnung vom 22.12.1956, abgedruckt B.L.D. 1957, S. 100).

2) s. auch Schlechtriem, S. 105.

das Nachlaßgericht. Dementsprechend ist die deutsche Siegelungsvorschrift des § 1960 Abs. 2 BGB dann unanwendbar, wenn sie der Sicherung des Nachlasses dienen soll, solange der Erbe nicht bekannt ist. Entsprechend der französischen Vorschrift ist die Einsetzung eines Nachlaßpflegers (curateur)¹⁾ oder des administrateur provisoire²⁾ erforderlich.³⁾

3. Das deutsche Nachlaßgericht kann gem. § 2216 II 2 BGB Anordnungen, die der Erblasser durch letztwillige Verfügung hins. der Verwaltung getroffen hat, auf Antrag des Testamentsvollstreckers außer Kraft setzen, soweit ihre Befolgung zur Gefährdung des Nachlasses führen müßte. Auch diese Vorschrift drückt die besondere Fürsorge aus, mit der der Gesetzgeber den Nachlaß schützen will. Richterliche Tätigkeit und materiellrechtliche Folge sind untrennbar miteinander verbunden. Kennt die anzuwendende ausländische Rechtsordnung derartige Regelungen nicht, so darf der Fürsorgezweck ausländischer Normen nicht durch die eigene Rechtsanschauung verändert werden.⁴⁾

1) Artt. 811 ff. C.c., 998 - 1002 C.proc.

2) s. hierzu bereits Fußn. 1), S. 118.

3) Die gegenteilige Auff. von Schlechtriem, S. 107, der die deutschen Siegelungsvorschriften angewendet wissen will, übersieht, daß sich sowohl in Frankreich als auch im Inland Nachlaßteile befinden können. In dieser Situation ist es nicht angebracht, wenn der im Ausland befindliche Teil unter Pflegschaft gestellt wird, während das inländische Nachlaßgericht die Versiegelung anordnet. Folglich dürfte es sogar im Interesse des zu ermittelnden Erben liegen, daß in beiden Ländern dieselben Personen mit der Nachlaßpflege betraut werden, die über die Grenzen eines Staates hinaus umfassend die Interessen des unbekannten Erben wahren können.

4) Schlechtriem, S. 112, will § 2216 II 2 BGB anwenden, obwohl sich eine ähnliche Vorschrift im französischen Recht nicht findet. Wie hier Reichhof, S. 74.

II. Behandlung der Verflechtung von Sach- und Verfahrensrecht in Vormundschaftssachen

1. Das Haager Minderjährigenschutzabkommen. (MSA)

Seit dem 17.9.1971 ist das Haager MSA vom 5.10.1961 in der Bundesrepublik in Kraft. Der sachliche Geltungsbereich des Abkommens erstreckt sich auf Schutzmaßnahmen zugunsten des Minderjährigen wie Regelungen und Eingriffe im Rahmen des ehelichen oder nichtehelichen Kindschaftsverhältnisses, die Bestellung eines Vormunds oder Pflegers. Außerdem wurden Maßnahmen des öffentlichen Jugendschutzes einbezogen. Hierzu gehören einerseits gerichtliche Schutzmaßnahmen wie die Anordnung der Bestellung eines Erziehungsbeistandes (§ 57 JWG) und die Anordnung der Fürsorgeerziehung (§ 65 JWG), andererseits behördliche Schutzmaßnahmen wie etwa die Gewährung der freiwilligen Erziehungsbeistandschaft (§ 56 JWG) und der freiwilligen Erziehungsbeihilfe (§ 62 JWG).¹⁾

Gem. Art. 1 MSA entscheidet der gewöhnliche Aufenthalt des Minderjährigen über die Zuständigkeit. Der Minderjährige hat dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt, wo er seine Lebensbeziehungen aufbaut, unabhängig vom Wohnsitz der Eltern.²⁾

Gem. Art. 2 MSA hat die zuständige Behörde das Recht der *lex fori* zu befolgen. Durch diese Vorschrift wird das Ziel des MSA erreicht, eine Rechtsanwendungsgleichheit zu schaffen.³⁾

Mit der Verbindung von Zuständigkeit und Rechtsanwendung folgt das MSA dem anglo-amerikanischen Recht. Die Anknüpfung der Zuständigkeit an den Aufenthalt verhilft dem Minder-

1) Eingehend Stellung zum sachlichen Anwendungsbereich nehmen Kropholler, MSA, S. 31 f.; ders., NJW 1971, 1721 (1722); Ferid, RabelsZ 27 (1962/63), 411 (432); Luther, FamRZ 1973, 406 (407).

2) So Luther, a.a.O., S. 408; Kropholler, NJW 1971, 1724; ders., MSA, S. 58 ff.; Wuppermann, FamRZ 1974, 414 (415); BayObLG, FamRZ 1972, 582 (583); OLG Hamm, FamRZ 1974, 155 (156); BayObLG, FamRZ 1974, 150 (151).

3) v. Steiger, Schweiz.JZ 1960, 256 (258).

jährigen dazu, daß die Behörde für ihn tätig wird, die am schnellsten und besten in der Lage ist, die erforderlichen Ermittlungen aufzunehmen und notwendigen Maßnahmen zu treffen.¹⁾ Andererseits wird durch die Anwendung des eigenen Rechts der evtl. Überforderung der Behörden vorgebeugt, die häufig mit Nichtjuristen besetzt sind, so daß ihnen die Bearbeitung fremden Rechts kaum zuzumuten wäre. Die Rechtsanwendungsproblematik würde durch die schwierige Abgrenzung von materiellem und prozessualem Recht noch erhöht.²⁾

Während das Gleichlaufprinzip in Nachlaßsachen ohne stichhaltige Begründung die internationale Zuständigkeit vom anwendbaren Sachrecht abhängig macht und u.U. zur Rechtsverweigerung führt³⁾, wurde im MSA ein sachverhaltsnahes Kriterium gefunden, das sich allein am Wohle des Minderjährigen orientiert und die Anerkennung ausländischer Entscheidungen ermöglicht, die nach der lex fori erfolgen. Hierdurch wird eine Zusammenarbeit der Behörden gewährleistet, die ohne ein durch die Übereinkunft geschaffenes Gegenseitigkeitsverhältnis undenkbar wäre. Dabei ist die Gefahr einer Isolierung des Minderjährigen vom Heimatstaat nicht gegeben, da das MSA auch denjenigen Staaten entgegenkommt, die das Staatsangehörigkeitsprinzip befürworten.⁴⁾ Art. 4 MSA läßt zu, daß die Heimatbehörden Maßnahmen nach eigenem Recht treffen, wenn sie der Auffassung sind, daß dies im Interesse des Minderjährigen erforderlich ist.⁵⁾ Außerdem begründet Art. 3 MSA eine Verpflichtung aller Vertragsstaaten zur Anerkennung von Gewaltverhältnissen, die kraft Gesetzes nach dem Heimatrecht des Minderjährigen bereits bestehen.⁶⁾

1) Kropholler, NJW 1971, 1724.

2) Kropholler, MSA, 1. Aufl., S. 165.

3) s. hierzu oben S. 93.

4) Ahrens, a.a.O., S. 308.

5) s. hierzu die Entscheidung des OLG Stuttgart, NJW 1978, 1746 (1747), in der die Zuständigkeit gem. Art. 4 MSA nach pflichtgemäßer Ermessensprüfung abgelehnt wurde.

6) Art. 3 MSA spricht jedoch einen Vorbehalt aus, über dessen Bedeutung keine Einigkeit besteht. Vgl. zu den einzelnen Theorien Kropholler, MSA, S. 70 ff.

Das Problem der Anwendbarkeit ausländischen prozessualen Rechtes tritt wiederum in Erscheinung, wenn der Staat, dem der Minderjährige angehört, von seinem Recht nach Art. 6 MSA Gebrauch macht und die Behörde des Aufenthaltsstaates um Mitwirkung bei der Durchsetzung einer von ihm getroffenen Maßnahme bittet. In diesem Falle besteht Einigkeit darüber, daß die ersuchte Behörde sich nach ausländischem Recht zu richten hat.¹⁾ Die sich hieraus ergebende Problematik zeigt folgender Fall:²⁾

Das französische Recht kannte zum Zeitpunkt der 9. Haager Konferenz keine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bei Grundstücksverkäufen durch Minderjährige. Das Mündel sollte dadurch gesichert werden, daß die öffentliche Versteigerung des Grundstückes angeordnet wurde, wobei an drei der Versteigerung vorhergehenden Sonntagen der Versteigerungstermin an den kantonsüblichen Orten bekanntzumachen war (Art. 459 C.c. a.F.). Wollte ein elsässisches Kind mit Wohnsitz in Straßburg, das unter französischer Vormundschaft steht, unter Zugrundelegung der damaligen Rechtslage ein ihm gehörendes Grundstück in Kehl verkaufen, wäre für die gesetzliche Vertretung gem. Art. 3 MSA französisches Recht maßgebend.

Ferid und ihm folgend Kropholler sehen die Bekanntgabe des Versteigerungstermins als materiellrechtliche Voraussetzung für den Grundstücksverkauf an.³⁾ Mithin hätte die deutsche Behörde gem. Art. 6 MSA im Falle des Ersuchens durch die französische Behörde insgesamt das französische Recht zu befolgen. Da das deutsche Recht die öffentliche Versteigerung eines Grundstückes nur bei Zwangsvollstreckung oder der Aufhebung von Gemeinschaftsverhältnissen kenne, sei die Befolgung des Art. 459 C.c. a.F. entweder undurchführbar oder unsinnig.⁴⁾ Demnach sei dem französischen Vormund eine vor-

1) Kropholler, a.a.O., S. 113 m.w.N.

2) Dieses Beispiel wurde von Ferid auf der 9. Tagung der Haager Konferenz zur Diskussion gestellt; s. auch Ferid, Z.f.Rvgl. 3 (1962), 193 (211).

3) Ferid, a.a.O.; Kropholler, MSA, S. 114.

4) Ferid, a.a.O.

mundschaftsgerichtliche Genehmigung gem. § 1821 Nr. 1 u. 4 BGB zu erteilen, so daß er das Grundstück freihändig verkaufen könne.

Diese Lösung ist sicherlich unkompliziert und praktisch, da die Behörden weiterhin nach eigenem Recht verfahren könnten. Dennoch erscheint sie nicht Überzeugend. Es ist nämlich nicht ohne weiteres ersichtlich, mit welcher Begründung die deutsche Behörde die Nichtachtung des ausländischen Rechts sollte rechtfertigen können; wohl kaum damit, daß nach deutschem Recht eine Versteigerung nicht möglich sei. Bei der Anordnung der öffentlichen Versteigerung handelt es sich um die Tätigkeit eines Rechtspflegeorgans, das auf ein bestimmtes rechtspflegerisches Ziel ausgerichtet ist, und damit um Verfahrensrecht. Diese verfahrensrechtliche Tätigkeit ist unabdingbare Voraussetzung für die Möglichkeit des Grundstücksverkaufs und verfolgt die alleinige Absicht, die Interessen des Minderjährigen ausreichend zu schützen. Auf Grund des privatrechtlichen Gehalts dieser Vorschrift könnte daher nur Art. 459 C.c. a.F. Anwendung finden.¹⁾ Da die öffentliche Versteigerung dem eigenen Recht - wenn auch in anderem Zusammenhang - geläufig ist, dürfte die Befolgung des französischen Rechts kaum verfahrensmäßige Schwierigkeiten bereiten. Selbst der Bekanntmachung der Versteigerung an allgemein üblichen Orten (Art. 459 C.c. a.F.) stände im Inland nichts entgegen. Zu erklären wäre die ablehnende Haltung gegenüber dem französischen Recht allenfalls damit, daß das deutsche Recht eine gleichartige Regelung bietet, die dem Minderjährigen den gleichen Schutz zuteil werden läßt, nicht aber mit der Undurchführbarkeit bzw. Unsinnigkeit der nach französischem Recht vorgesehenen Maßnahmen.

1) Im Ergebnis besteht daher Einigkeit mit Kropholler, a.a.O., und Ferid, a.a.O., bezüglich der Anwendung des gesamten ausländischen Rechtes.

2. Beachtung ausländischer Adoptionserfordernisse

Dem Auftreten des bereits erwähnten "guardian ad litem" ¹⁾ kommt für die Adoption nach englischem Recht zentrale Bedeutung zu. Dies beweist der umfangreiche Aufgabenkatalog, den der "guardian ad litem" zu bewältigen hat. Die erforderliche Vertrautheit mit den juristischen Problemen der Adoption, die Anhörung der am Verfahren beteiligten Personen sowie die notwendige Überprüfung der Lebensverhältnisse der zukünftigen Adoptionseltern ²⁾ machen die objektive Einwirkung auf das materielle Recht deutlich, da von diesen Kriterien die Adoption abhängt. Inländische Pflegschaftsvorschriften sind daher bei englischem Sachstatut unanwendbar, so daß Bestellung und Ausübung dieses Amtes sich insgesamt nach Auslandsrecht richten. Das Gericht hat eine Person nach den Erfordernissen des englischen Rechts als "guardian ad litem" zu bestellen. Für den Richter kann sich dadurch das Recht ergeben, u.U. Vertreter des Jugendamtes zur Wahrnehmung der Kindesinteressen einzusetzen. Er hat diese Handlung aber ausschließlich nach englischen Vorschriften vorzunehmen, so daß er nicht dem Zwang unterliegt, sich auf diesen Personenkreis zu beschränken, wenn er auch andere Personen für geeignet hält, die nach englischem Recht eingesetzt werden könnten. So muß dem Antragsteller die Möglichkeit gewährt werden, glaubhaft zu machen, daß eine bestimmte Person zur Wahrnehmung dieser Aufgabe besonders geeignet ist. ³⁾

III. Die eingeschränkte Anwendung der lex fori in Beurkundungssachen

An der Beurkundung eines deutschen Notars nach ausländischem Recht besteht dann ein Interesse, wenn eine Person die Urkunde zur Vorlage im Ausland benötigt. Gegen die Tätigkeit

1) s. oben S. 99 f.

2) Bzgl. der einzelnen Aufgaben und Rechte sei auf die ausführliche Darstellung bei Zeiler, S. 12 ff., verwiesen.

3) Vgl. auch hierzu im einzelnen Zeiler, S. 15; Meyer-Wiesner, S. 22 f.

des deutschen Notars nach ausländischem Recht können keine Bedenken erhoben werden, da es keinen Rechtssatz (insbesondere des Völkerrechts) gibt, der sie ausschließt. Dies gilt selbst dann, wenn das inländische Recht keine Regelung enthält, die dem ausländischen vergleichbar wäre und die Tätigkeit für den inländischen Notar somit ein gänzlich neues Aufgabengebiet beinhalten würde.¹⁾

Keine Übereinstimmung besteht hinsichtlich der Beantwortung der Frage, ob eine Beurkundung durch den deutschen Notar auch dann möglich ist, wenn das ausländische Recht die Beurkundung durch einen fremden Notar ausschließt oder durch eine Versagung der Anerkennung des Beurkundungsaktes deutlich macht, daß es die Beurkundung allein durch einen inländischen Notar wünscht.²⁾ Diejenige Person, die beim deutschen Notar um eine Beurkundung nachsucht, um sie im Ausland zu verwenden, ist darauf angewiesen, daß das ausländische Recht dieselben Wirkungen an die Urkunde knüpft, die auch bei einer Beurkundung im Inland eintreten; andernfalls wäre die Tätigkeit des inländischen Notars bedeutungslos. Ist ihm daher bekannt, daß das fremde Recht seine Beurkundung nicht wünscht und nicht anerkennt, hat er hiervon bereits im Interesse derjenigen Person Abstand zu nehmen, die um die Beurkundung nachsucht.

Es entspricht allgemeiner Ansicht, daß der Notar bei der Beurkundung nach der ausländischen Rechtsordnung an die Beachtung seines Verfahrensrechts gebunden ist.³⁾ Folgt man der oben dargestellten Prozeßrechtsdefinition Henckels⁴⁾, müßten all diejenigen Vorschriften als Verfahrensnormen angesehen und dem eigenen Recht entnommen werden, die im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Beurkundungsvorgang stehen; denn der Beurkundungsvorgang selbst wird vom Notar als Zivil-

1) Schoetensack, DNotZ 1952, 265 (267); Blumenwitz, DNotZ 1968, 712 (724).

2) Bejahend: Schoetensack, a.a.O., S. 266 f.; verneinend: Blumenwitz, a.a.O.

3) Vgl. statt aller Blumenwitz, a.a.O., S. 726; Schoetensack, a.a.O., S. 275.

4) Vgl. hierzu oben S. 34.

rechtspflegeorgan ausgeführt und ist immer auf ein bestimmtes Rechtspflegeziel ausgerichtet. Mit einer Anerkennung des inländischen Urkundsaktes wäre in diesem Fall aber nur in beschränktem Maße zu rechnen, da die ausländische Rechtsordnung die Beachtung ihrer Beurkundungsregeln als Voraussetzung für die Wirksamkeit der Beurkundung ansehen könnte.¹⁾ Um einer solchen Gefahr vorzubeugen, wird die flexible Handhabung des Grundsatzes von der Verbindlichkeit der örtlichen Verfahrensregeln empfohlen. Die Befolgung ausländischen Verfahrensrechts durch den Notar wird demzufolge so lange nicht ausgeschlossen, wie er überhaupt eine beurkundende Funktion wahrnimmt.²⁾

Die Beurkundung verfolgt in den einzelnen Rechtskreisen unterschiedliche Ziele. Während das deutsche Recht vom Notar die Erfüllung umfassender Prüfungs- und Belehrungspflichten erwartet³⁾, erfüllt die Beurkundung im romanischen Recht überwiegend eine Beweis- oder Warnfunktion.⁴⁾ Die Prüfungs- und Belehrungsverpflichtung vermeidet, daß die Beteiligten auf Grund fehlender Sachkenntnis über das zu beurkundende Geschäft sowie evtl. aufgetretener Irrtümer Erklärungen abgeben, deren rechtliche Tragweite für sie nicht ohne weiteres absehbar ist. Nach dem Willen des Gesetzgebers wird die materielle Rechtsfolge allein dann herbeigeführt, wenn dem Fürsorgebedürfnis der Beteiligten durch die Beurkundung Genüge getan worden ist.⁵⁾ Ist die Entstehung der materiellen Rechtsposition von einer inhaltlich näher bestimmten Tätigkeit des Notars objektiv abhängig, hat dieser seine Amtshandlungen nach der Rechtsordnung wahrzunehmen, die für das materielle Recht maßgebend ist.

Das deutsche Recht knüpft gem. § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO an eine notarielle Beurkundung, in der sich eine Person hin-

1) Diese Gefahr sieht auch Schoetensack, a.a.O.

2) Blumenwitz, a.a.O.; einschränkend Schoetensack, a.a.O.

3) §§ 17 ff. BeurkG.

4) Hierzu Winkler, NJW 1972, 981 (987); Bärmann, AcP 159 (1960/61), 1 (7).

5) Vgl. Dölle, RabelsZ 27 (1962/63), 201 (238 f.).

sichtlich einer Leistung, die unvertretbare Sachen zum Gegenstand hat, der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, keinerlei rechtliche Wirkungen. Demgegenüber ist in einigen ausländischen Rechtsordnungen eine solche Beurkundung durchaus zulässig.¹⁾ Die Unterwerfung der sofortigen Zwangsvollstreckung ermöglicht dem Begünstigten die schnelle Durchsetzung des materiellen Rechtes, ohne den prozessualen Weg beschreiten zu müssen, der ihm zur Erlangung eines vollstreckbaren Titels verhelfen würde. Diese Auswirkungen der beurkundenden Tätigkeit auf das materielle Recht müssen den inländischen Notar bei Berücksichtigung des fremden Rechts, das die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung bei unvertretbaren Sachen zuläßt, dazu veranlassen, sein eigenes Verfahrensrecht nicht zu beachten und die Beurkundung vorzunehmen.²⁾ Dabei muß eine Belehrung über die materiellrechtlichen Wirkungen der Beurkundung erfolgen, wenn das ausländische Recht dies im Interesse der Personensorge erwartet.

Die enge Verflechtung der Beurkundungsvorschriften mit dem materiellen Recht ist ebenso groß, wenn eine Rechtsordnung die Beurkundung allein aus Beweisgründen zwingend vorge-schrieben hat. Es wurde bereits darauf hingewiesen ³⁾, daß der Betroffene sein materielles Recht praktisch nicht bewerten kann, wenn es ihm nicht gelingt, den Beweis der Innehabung dieses materiellen Rechts in der vom Gesetzgeber vorgesehenen Form zu führen. Obwohl die Entstehung des materiellen Rechtes hier nicht von der Beurkundung abhängig ist, befindet sich der Betroffene in einer gleichartigen Situation, die dazu führen muß, die Verbundenheit von Sach- und Verfahrensrecht im ausländischen Recht dadurch zu achten, daß der inländische Notar ebenfalls das fremde Verfahrensrecht befolgt.

Die Berücksichtigung der ausländischen Beurkundungsvorschriften wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die fremde Rechtsordnung der Beurkundung eine andere Bedeutung beimißt als die inländische. Die inländischen Beurkundungsvorschrif-

1) s. Schoetensack, a.a.O., S. 274.

2) a.A. Schoetensack, a.a.O.

3) Vgl. hierzu bereits oben S. 57 f.

ten können nicht als unverzichtbares öffentliches Recht angesehen werden. Zwar regeln sie Handlungsbefugnisse und -pflichten eines deutschen Rechtspflegeorgans sowohl zum Schutze des einzelnen als auch des Rechtsverkehrs insgesamt. Auf die Befolgung der deutschen Vorschriften kommt es jedoch nur insoweit an, als deutsche Rechtsinteressen berührt werden. Eine Interessenverletzung bei einer Beurkundung gem. ausländischem Sachrecht ist jedoch nicht gegeben, solange diese keine Auswirkungen im innerstaatlichen Bereich entfaltet.

Aus Beweisgründen erfolgt die Beteiligung zweier Zeugen bei Errichtung eines Testaments nach englischem Recht. Verlangt das fremde Recht eine solche Zuziehung von Zeugen, ist der Eintritt der im Testament festgelegten materiellen Rechtsfolgen von der Erfüllung dieser Voraussetzung abhängig; andernfalls ist das Testament unwirksam.¹⁾ Beurkundet der deutsche Notar ein Testament, dessen rechtliche Wirkungen im Ausland eintreten sollen, hat er auf diese Rechtmäßigkeitsvoraussetzung Rücksicht zu nehmen, auch wenn das eigene Recht eine Heranziehung von Zeugen nicht von ihm verlangt.²⁾

IV. Die Sachrechtsverbundenheit in Verschollenheitssachen

1. Die Anwendung ausländischen Rechts nach dem VerschG

Der Ausspruch einer Todeserklärung nach ausländischem Recht durch deutsche Gerichte wird von einer verbreiteten Meinung abgelehnt, die sich auf Art. 9 EGBGB a.F. und die hieraus entwickelte Vorschrift des § 12 VerschG beruft, wonach ein strenger Gleichlauf im deutschen und internationalen Ver-

1) Das englische Recht kennt weder ein privatschriftliches noch ein öffentliches Testament, sondern akzeptiert allein das Zeugentestament.

2) Vgl. auch Raape, DMotZ 1950, 188 (190); Schoetensack, a.a.O., S. 275.

nicht anerkannt wurde.¹⁾ Die Materialien lassen daher eher darauf schließen, daß deutsche Gerichte nicht nach ausländischem Recht tätig werden sollten. Die Annahme, dies sei aus den von Gebhard dargelegten Gründen der engen Verflochtenheit geschehen, ist dabei durchaus berechtigt.

Dieser historische Gesetzeswille verleitet nur allzusehr zu einer Beibehaltung der hergebrachten Rechtsansicht. Dennoch sollte die Entwicklung des internationalen Privatrechts nicht unberücksichtigt bleiben. Zwar wurde die Vorschrift des Art. 9 EGBGB durch Gesetz vom 15.1.1951 unverändert als § 12 VerschG aufgenommen, jedoch ohne erneute Behandlung des Gleichlaufproblems, so daß sich die Auffassung des Gesetzgebers zwischenzeitlich durchaus geändert haben kann. Die Rechtsentwicklung hat zudem die alten Vorstellungen über den Gleichlauf überholt, da die enge Sachrechtsverbundenheit des Verfahrensrechts in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht mehr dazu zwingen darf, auf die Anwendung ausländischen Rechts zu verzichten.²⁾ Die Kollisionsnormen haben den Sinn, im internationalprivatrechtlichen Bereich weitestgehende Gerechtigkeit in der Rechtsanwendung zu schaffen.³⁾ Dies gilt auch für § 12 VerschG, auch wenn dort auf die Anwendung ausländischen Rechts bewußt verzichtet wurde. Der Aufgabe der Gleichlaufthese durch die fortschreitende Rechtsentwicklung ist daher auch hier Rechnung zu tragen. § 12 VerschG muß trotz eines wohl anderen Willens des historischen Gesetzgebers auf Grund der internationalprivatrechtlichen Entwicklung eine neue Interpretation erfahren, da der Gesetzgeber für die Fälle keine Regelung getroffen hat, in denen der Verschollene oder der Überlebende Ehegatte im Inland Wohnsitz genommen hatte oder aber sich hier gewöhnlich aufhielt. Hier darf das Gleichlaufprinzip kein Hinderungsgrund mehr

1) Daß ein Ausländerinteresse bestehen konnte, wurde nicht geleugnet, sollte aber nach deutschen Gesetzen behandelt werden. In diesem Punkt liegt daher eine erhebliche Abweichung von den Vorschlägen Gebhards vor.

2) Vgl. hierzu bereits oben S. 91 ff.

3) Kegel, IPR, S. 54 f.

sein. Da insoweit eine Regelungslücke besteht, sollte § 12 I VerschG als zweiseitige Kollisionsnorm verstanden werden. Damit ist die internationale Zuständigkeit weder abhängig von der Anwendbarkeit deutschen Rechts noch beschränkt sich die Tätigkeit der inländischen Gerichte auf die alleinige Berücksichtigung inländischen Sachrechts.¹⁾

2. Die Verflechtung von Sach- und Verfahrensrecht im Recht der Todeserklärung

Todeserklärungen schaffen eine neue Rechtslage²⁾; die überwiegende Zahl der verfahrensrechtlichen Vorschriften bzgl. der Todeserklärung bezieht sich auf das Entstehen oder Nichtentstehen dieser Rechtsänderung. Einziges Ziel ist hierbei, eine möglichst zweifelsfreie Entscheidung darüber zu treffen, ob der Tod des Verschollenen anzunehmen ist.

Diesem Ziel dient etwa die Bestimmung von Fristen. Wenn z.B. Art. 36 schweiz. ZGB verlangt, daß ein Zeitraum von einem bis zu fünf Jahren zwischen der Todesgefahr bzw. der letzten Nachricht des Verschollenen und dem Gesuch auf Todeserklärung liegen muß, so ist dem richterlichen Handeln eine zeitliche Grenze gesetzt, die nicht überschritten werden darf. Insoweit hat die Vorschrift verfahrensordnenden und damit öffentlichrechtlichen Inhalt. Andererseits soll die Todeserklärung, die über den Verschollenen ausgesprochen wird, einen möglichst hohen Sicherheitsgrad erreichen und die Gefahr einer Fehlentscheidung auf ein Minimum reduziert werden. Denselben Zweck verfolgen auch etwaige Fristbestimmungen bzgl. der Publizierung des Aufgebots gem. Art. 36 III schweiz. ZGB. Zur Erreichung dieser Sicherheit trägt

1) Auch Kegel, IPR, S. 250, nimmt über die Regelungen von § 12 VerschG hinaus die internationale Zuständigkeit für deutsche Gerichte in Anspruch, soweit der Verschollene seinen ständigen Aufenthalt im Inland hatte. Vgl. außerdem H. Müller, IPR der Todeserklärung, S. 83; anders aber noch in: Deutsche Landesreferate zum Kongreß f. Rvgl. in Uppsala 1966, S. 181 (192 f.).

2) Habscheid, S. 270.

die Fristbestimmung bei, da der Tod des Verschollenen mit Ablauf einer gewissen Zeitspanne wahrscheinlicher wird.¹⁾ Als objektive Voraussetzungen für den Ausspruch der Todeserklärung, die den Verschollenen gleichzeitig schützen sollen, sind solche Vorschriften daher zusammen mit dem anzuwendenden Sachrecht zu berücksichtigen.

Ähnliche Bedeutung wie die Fristbestimmung hat die Art der Bekanntmachung des Aufgebots. Verlangt das ausländische Recht die Veröffentlichung in einer amtlichen Zeitung²⁾, so mag der Eindruck entstehen, es handele sich um einen rein technischen Vorgang mit dem einzigen Zweck, die Öffentlichkeit in Kenntnis zu setzen. Diese Information schließt jedoch ein weitergehendes Ziel ein, indem auch neben der Allgemeinheit dem Verschollenen selbst die Möglichkeit offensteht, die Todeserklärung wegen Unbegründetheit zu verhindern. Auf Grund des privatrechtlichen Inhalts derartiger Regelungen besteht kein Anlaß, sie bei Anwendung ausländischen Sachrechtes unberücksichtigt zu lassen.³⁾

1) Nitsche, S. 243.

2) So § 18 III des Österr. TodErkl.G.

3) So auch Nitsche, S. 244; auch Kegel, IPR, S. 250, hat gegen die Anwendung ausländischen Rechtes keine Bedenken.

SCHLUSSBEMERKUNG

Der Grundsatz der lex fori für den Bereich des gesamten Verfahrensrechts ist nicht begründbar. Den verschiedenen Argumentationsweisen zugunsten der lex fori liegt die im Kern richtige Erkenntnis zugrunde, daß die generelle Anwendung fremden Verfahrensrechts mancherlei Schwierigkeiten mit sich bringt, die sich durch die ausschließliche Beachtung eigener Verfahrensnormen teilweise umgehen ließen. Der Rechtspraxis erwächst hieraus das Argument, von einer unbegrenzten Beachtung fremder Verfahrensvorschriften Abstand zu nehmen. Das Prinzip der lex fori findet mithin breite Rückendeckung in der Macht des Gewohnheitsrechts, die es in allen Staaten trägt. Der Wille, Schwierigkeiten zu umgehen, die bei der Anwendung ausländischen prozessualen Rechtes entstehen können, darf jedoch nicht tragender Pfeiler eines Prinzips von solcher Reichweite sein. Das internationale Privatrecht hat sich allein die Berücksichtigung des sachverhaltsnäheren Rechts zur Aufgabe gesetzt, wobei auch die Anwendung ausländischer Verfahrensvorschriften möglich und sogar häufig unabdingbar ist. Die Praxis hat sich stets damit geholfen, in Einzelfällen Ausnahmen von diesem Prinzip zu machen, vor allem wurden die Grenzen zwischen Sach- und Verfahrensrecht zugunsten des einen oder anderen Bereichs teilweise sehr stark verschoben.¹⁾ Hierdurch büßt die gewohnheitsrechtliche Übung ohnehin an Überzeugungskraft erheblich ein.

Geboten ist die Rücksichtnahme auf die unterschiedliche Struktur des Verfahrensrechts. Die Erkenntnis, daß das Verfahrensrecht sich nicht auf eine einheitliche Zweckverfolgung festlegen läßt, darf nicht zwangsläufig dazu führen, dem ausländischen Recht mit stärkerer Zurückhaltung zu begegnen. Vielmehr verlangt die Anerkennung der engen materiellprivatrechtlichen Bindung von Verfahrensvorschriften

1) Vgl. hierzu oben S. 27 ff.

eine weitgehende Beachtung des fremden Rechtes. Erfolgt die Einflußnahme auf das private materielle Recht durch eine Verfahrensnorm nicht nur mittelbar, sondern steht der Schutz privater Interessen dabei im Vordergrund, ist für den Grundsatz der *lex fori* kein Raum. Bei der Berücksichtigung der ausländischen Verfahrensnorm darf damit auch nicht der Versuch unternommen werden, die ausländischen Rechtsnormen durch die Vermischung mit inländischen Vorschriften zu verfälschen. Der Privatrechtsgehalt zwingt zu einer umfassenden Anerkennung allein des fremden Rechtswillens. Dem Richter ist es in der Regel nicht unmöglich, diesem Willen Folge zu leisten.

Die möglichst unverfälschte Anwendung ausländischen materiellen Rechtes wird durch die gleichzeitige Berücksichtigung der verschiedenen Inhalte des Verfahrensrechts erst durchführbar. Dabei ist die Ermittlung des öffentlichrechtlichen bzw. privatrechtlichen Anteils der einzelnen Verfahrensnormen im allgemeinen möglich, wie hier gezeigt werden konnte. Gegenüber den herkömmlichen Methoden weist dieser Weg einen erheblichen Vorteil auf: Er macht die Entwicklung und Anwendung jener Abgrenzungstheorien entbehrlich, die sich von der strengen Befolgung des *lex-fori*-Grundsatzes nicht lösen wollen und daher den Begriff des materiellen Rechtes unangemessen ausdehnen müssen.

Die notwendige Einschränkung des *lex-fori*-Grundsatzes darf jedoch andererseits nicht dazu verleiten, das fremde Verfahrensrecht ohne eingehende Prüfung schlechthin anwenden zu wollen. Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß der Gesetzgeber gerade in der streitigen Gerichtsbarkeit u.U. auf der Beachtung seiner Prozeßvorschriften besteht. Es ist daher bei jeder Verfahrensnorm gesondert zu prüfen, inwieweit das Interesse des Gerichtsstaates gegenüber der vollständigen Beachtung des ausländischen Rechtes als vorrangig anzusehen ist.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 16. August 1953 als Sohn des Verwaltungsamtmanns Karl Radtke und seiner Ehefrau Marie-Luise geb. von der Ohe in Leer/Ostfr. geboren. Nach dem Besuch der Volksschule wechselte ich im April 1964 auf das städtische Ubbo-Emmius-Gymnasium über, wo ich am 28. April 1972 die Reifeprüfung ablegte. Im Oktober 1972 nahm ich das Studium der Rechtswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster auf, das ich am 18. März 1978 mit der ersten juristischen Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm abschloß. Derzeit bin ich als Referendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Oldenburg tätig.







